Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

III.

Dogmengeſchichtliche Darſtellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte.

Von

Hrn. Geh. Hofrath L. A. Warnkönig in Freiburg.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nr. I. im vorigen Hefte.)

§. 7. Begriffsbeſtimmung der lex Commissoria pignorum.

Das Edict Conſtantin's, welches die commiſſoriſche Clauſel bei Verpfändungen für nichtig erklärt, gibt nicht an: worin dieſelbe beſtehe. Der Kaiſer ſagt blos, ſie ſey eine captio, deren asperitas täglich fühlbarer werde. Er ſetzt alſo dieſen drückenden Vertrag als bekannt voraus; das bloße Nennen der lex commissoria hielt er für genügend, um das Weſen derſelben zu bezeichnen.

Jedermann wußte, worin dieſelbe beſtand. Auch Juſtinian hielt nicht für nöthig eine Definition dieſes Vertrags zu geben; ſorgfältig ließ er ſogar die Stellen aus den Schriften der Juriſten in den Pandecten weg [1]), in welchen davon die Rede war. Daß es ſolche gab, ſehen wir nun aus der oben (§. 2.) angeführten Stelle, dem §. 9. der Vaticaniſchen Fragmente.

Nur auf eine negative Weiſe deutete Juſtinian (wie ſogleich näher gezeigt werden ſoll) den commiſſoriſchen Vertrag dadurch an, daß er Entſcheidungen über ähnliche, jedoch von demſelben verſchiedene erlaubte und wirkſame Verträge in die Pandecten aufnahm, z. B. in fr. 34. D. 13. 7. u. fr. 16. §. 9. D. 20. 1.

1) Davon unten mehr.

Wir dürfen bei dieſem Stande der Dinge uns deßhalb nicht wundern, daß man ſchon früh über den Begriff der Lex Commissoria im Reinen war und 1500 Jahre lang [2]) denſelben auf dieſelbe Weiſe definirte, nämlich als eine Clauſel, wodurch die verpfändete Sache dem Gläubiger im Fall der Nichtzahlung zur feſtgeſetzten Zeit für verfallen, d. h. für die Schuld als verkauft überlaſſen wird. Dieß deuten 506 ſchon die Weſtgothen in der Interpretation der c. un. C. Th. 3. 2. an, wo es heißt:

> Commissoriae cautiones dicuntur in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit, quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed cum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat.

Der Verfaſſer der Interpretatio hatte gewiß nur einen Verkauf des Pfandes an den Gläubiger für die Pfandſchuld im Sinn und erklärt einen ſolchen dem Edict gemäß für wirkungslos.

Kurz und überaus beſtimmt erklären die Baſiliken [3]) die lex commissoria mit folgenden Worten:

> Ἐαν ειπη ὁ δανειστὴς, ὁτι ει μη καταβληθειη μοι το χρεος ἐντος τοδδε του χρὸνου, δεσποτης εσομαι του ενεχυρου, τοῦτο το συμφωνον ἀνισχυρον ἔστω.
>
> Si creditor dicit (convenit): si mihi debitum non solveris intra statutum tempus, dominus ero pignoris, hoc pactum infirmum esto.

In Petri Exceptiones legum romanarum Lib. II. c. 41. kommt folgende Erklärung vor [4]):

---

2) D. h. bis auf A. D. Weber.

3) Fabrot IV. p. 82. Stück B. 14. p. 90. n. 65.

4) Bei Savigny, Geſchichte des röm. Rechts im Mittelalter B. II. Anhang I.

Quamvis debitor pactus sit cum creditore, ut si debitum non solverit intra certum tempus, pignus quod supponit, maneat in dominio creditoris, nihil tamen agit; nec hoc pacto pignus retinere potuit creditor, si debitor solvere voluerit, servato tamen creditori communi jure de venditione pignoris et hypothecae.

Ebenſo wird von den Gloſſatoren an bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts in den lateiniſch geſchriebenen Werken über das römiſche Recht die lex commissoria in der Regel definirt um ein pactum, quo convenit: ut pecunia ad diem non soluta pignus sit creditoris [5]). Damit ſtimmt die Erklärung Glücks (S. 87.) überein, nach welchem unter lex commissoria in pignore der Vertrag verſtanden wird, daß das Pfand im Fall die Schuld zur gehörigen Zeit nicht bezahlt werden würde, verfallen ſeyn und dem Gläubiger ohne weitern Verkauf für die ſchuldige Summe eigenthümlich verbleiben ſolle.

Ebenſo ſagt ganz kurz Thibaut §. 795.: „Auf der andern Seite iſt aber auch der Vertrag (lex commissoria) nichtig, welcher dahin geht, daß dem Gläubiger im Fall unterbleibender Zahlung ohne Verkauf das Pfand verfallen ſeyn ſolle" [6]). Alle Rechtsgelehrten (die ſogleich aufzuführenden ausgenommen) ſetzen alſo das Weſen des commiſſoriſchen Vertrags darein, daß dem Gläubiger das Pfand für die Schuld verbleibe, d. h. daß er

5) Gothofredus und nach ihm v. Muſchenbroeck definiren die Lex Comm. als ein pactum, initio contractus pignoris intra creditorem et debitorem initum, ut cessante sua die in solutione debitore, creditor rem pignoratam sibi comissam habeat sine nova deinceps venditione.

6) Es iſt willkürlich, wenn Menken Th. 8. eine formaliter verbotene L. C. nur annimmt: 1) si pecunia mutuo sit data, 2) sub pignore rei mobilis creditori traditae. Im Th. 9. giebt er eine weitere Definition als in der Regel geſchieht, indem er ſagt: ut pecunia die non soluta res pignori vel alia creditori vel alii pro debito vel pro iniqua quantitate acquiratur.

für den Betrag ſeiner Forderung Eigenthümer des Pfandes werde, daß alſo die Schuld der Kaufpreis für die ihm überlaſſene Sache ſey.

Die Richtigkeit dieſer Auffaſſungsweiſe iſt zum erſtenmale in Deutſchland beſtritten worden durch A. D. Weber, der, wie ſchon in §. 6. geſagt iſt, den Begriff der lex commissoria ſo ſehr erweiterte, daß er auch den in fr. 16. §. 9. D. 20. 1. angegebenen Vertrag, wonach das Pfand im Falle der nicht erfolgenden Zahlung für einen noch zu beſtimmenden Preis verkauft ſeyn ſolle, für eine verbotene lex commissoria erklärt. Emminghaus, Seuffert [7], Schweppe und Mühlenbruch §. 321. ſtimmen ihm bei. Die Anſicht des letzten iſt in folgender Stelle enthalten:

„Geſetzlich gemißbilligt iſt übrigens die lex commissoria, d. h. die Verabredung, daß im Fall einer Säumniß des Schuldners der Gläubiger die Sache ſtatt ſeiner Forderung behalten ſolle, dadurch iſt freilich ein Verkauf des Pfandes an den Gläubiger oder eine in solutum datio nicht ſchlechthin verboten; ſoll indeſſen der Zweck des Geſetzes vollſtändig erreicht werden, ſo muß man wohl die bei Errichtung des Pfandvertrags getroffene Verabredung: daß der Schuldner zur Verfallzeit verkaufen müſſe — wenn auch für einen alsdann zu beſtimmenden oder durch den Handelscurs beſtimmten Preis, ferner daß der Bürge für die von ihm gezahlte Schuldſumme das Pfand behalten dürfe [8], für ebenſo ungültig erklären, als diejenigen Nebenberedungen, welche ganz offenbar in fraudem legis eingegangen ſind.“

Dieſe von Allen bisherigen abweichende Anſicht ſcharfſin-

---

7) Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts II. Abtheilung Nr. 20. Neue Gründe giebt Seuffert für die Weberſche Anſicht nicht an.

8) Daß hier eine lex commissoria vorhanden ſey, wird zugegeben.

niger Rechtsgelehrten erfordert eine tiefer eingehende kritiſche Unterſuchung der Sache.

Weber geht bei ſeiner neuen Begriffsbeſtimmung davon aus, daß er das Wort committere in einem weiteren Sinne nimmt, als die übrigen Ausleger des römiſchen Rechts; indem er unter lex commissoria bei verpfändeten Sachen „jede Verwillkührung des Schuldners verſteht, wodurch derſelbe auf den Fall der Nichterfüllung ſeiner Verbindlichkeit Rechten in Anſehung des Pfandes entſagt, die er ſonſt gehabt hätte, und dem Gläubiger Verbindlichkeiten erläßt, die ihm würden obgelegen haben."

Dieſe Rechte ſind die Einlöſungsbefugniß des Pfandes auch nach dem verfloſſenen Zahlungstermin, welcher die Verbindlichkeit des Schuldners entſpricht, das nicht verkaufte Pfand gegen Bezahlung des Capitals, der Zinſen und Koſten herauszugeben.

Mühlenbruch ſtellt zwar ausdrücklich eine ſolche Begriffsbeſtimmung nicht auf, hält jedoch die von ihm angeführten Verträge deshalb für verboten, weil der Schuldner durch ſie gezwungen ſey, das Pfand zur Verfallzeit zu verkaufen und weil der Zweck des conſtantiniſchen Verbotes nicht erreicht werden könne, wenn nicht auch die andern, ſo wie alle offenbar in fraudem legis eingegangenen Verträge für nichtig erklärt würden.

Was die letzte Anſicht betrifft, ſo iſt ſie in ſoweit richtig, als ſie alle in fraudem legis eingegangene Verträge zwiſchen dem Pfandgläubiger und dem Pfandſchuldner für verboten erklärt.

Wann aber ſolche vorhanden ſind, iſt lediglich factiſch. Dagegen die Frage: ob ausdrücklich in den Pandecten für gültig erklärte Verträge namentlich das im fr. 16. §. 9. D. 20. 1. gebilligte Pactum direct unter dem Verbot der c. ult. C. 8. 35. begriffen ſey, weil der Begriff der lex commissoria ſich darauf erſtrecke, iſt eine andere, die nur entſchieden werden kann, wenn auf dem hiſtoriſchen Wege den Quellen ge-

mäß der Begriff der lex commissoria bei Verpfändungen ausgemittelt iſt.

Gehen wir näher in die Sache ein:

Die regelmäßigen Wirkungen der Verpfändung ſind:

1) Daß der Gläubiger im Fall der Nichtzahlung des Schuldners, wenn er befriedigt ſeyn will, das Pfand verkaufen, aus dem Kaufpreis ſich bezahlt machen, den Ueberſchuß aber dem Schuldner herausgeben muß.

2) Bis zur Vornahme der Distractio bleibt der Schuldner Eigenthümer des Pfandes, und kann es, wenn er will, veräußern. Er kann es namentlich unbedingt
   a. dem Gläubiger ſelbſt verkaufen und
   b. ihm zur Tilgung ſeiner Schuld unbedingt an Zahlung ſtatt geben [9].

Von der letztern Befugniß ſprechen mehrere Stellen.

In beiden Fällen wird in der Regel der Schuldner nicht mehr Schaden leiden als durch den Verkauf des Pfandes, welchen der Gläubiger vornimmt, er wird von der Schuld frei und erhält den Werth der Sache.

Die in der Regel ſtattfindenden natürlichen Wirkungen der Verpfändungen können nun durch Nebenverträge modificirt werden.

Die Verpfändung hat große Aehnlichkeit mit dem Verkaufe; heißt es doch rückſichtlich der Objecte beider in den Quellen:

> Quod emtionem et venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest. fr. 9. §. 1. D. 20. 1.

Wie beim Kauf können dem Erwerber mehr oder weniger Rechte eingeräumt werden, als ihm nach den allgemeinen Grundſätzen zuſtehen: der pacta pignorum gibt es viele, wie eine große Anzahl Fragmente im Pandectentitel de pignoribus et hypothecis beweiſen, der ja noch überſchrieben iſt „et qualiter ea contrahuntur et de pactis pignorum."

9) Damit iſt Mühlenbruch wegen fr. 84 D. 13. 7. einverſtanden.

Vor dem Edict Conſtantin's, alſo auch zur Zeit der claſſiſchen Juriſten, waren alle Nebenverträge dieſer Art erlaubt und wirkſam, namentlich ſolche, die gegen die Zinsverbote nicht verſtießen, z. B. auch die Verabredung, das Pfand ſolle dereinſt dem Gläubiger an Zahlungsſtatt zufallen. Man ſah darin nichts anders als einen bedingten Verkauf des Pfandes an dieſen, der nicht minder als der unbedingte des Pfandes an ihn nach dem obigen erlaubt war. Die Stelle in den vaticaniſchen Fragmenten iſt hierüber entſcheidend; ſie ſagt: Creditor a debitore pignus emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia foeneris non soluta creditor jure emti dominium retineat; cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.

Nur ein Zweifel war in dem angegebenen Fall möglich, nämlich der: ob ein pretium certum vorhanden ſey? Denſelben widerlegt der Juriſt durch die gewiß richtige Schlußbemerkung: daß deshalb ein pretium certum da ſei, weil es ja im Voraus gewiß ſey, welche Summe am Verfalltage des Pfandes dem Gläubiger zukomme, und dieſe ſey der im Voraus verabredete Preis [10]).

Nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen und der communis juris ratio ſind noch im neueſten Röm. Rechte alle pacta pignorum erlaubt und wirkſam, welche nicht beſonders verboten ſind. Die unwirkſamen bilden alſo die Ausnahme und ſind nur dann als ſolche zu behandeln, wenn ein jus singulare alſo ein Verbot dies ausdrücklich feſtſetzt. Solche Verbote ſind nicht nur auf ähnliche Fälle nicht auszudehnen, ſondern auch ſo auszulegen, ut quo minimum a jure communi recedant [11]),

---

10) Aehnlich iſt der in fr. 16. §. 9. D. 20. 1. angedeutete Zweifel.

11) Thibaut, Theorie der logiſchen Auslegung §. 15, 20; deſſen Verſuche I. p. 218 folg. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 14. Nr. 3. S. auch Mühlenbruch, Lehrbuch §. 62 b.

ſie ſind als leges correctoriae strictae interpretationes, jedoch dem Willen des Geſetzgebers gemäß anzuwenden.

Nach dieſen Bemerkungen wollen wir nun unterſuchen:

1. Welche Art von Nebenvertrag der Kaiſer Conſtantin die Abſicht hatte, für ungültig zu erklären?
2. Welcher Vertrag durch die Bezeichnung lex commissoria gemeint ſeyn muß.

Die erſte Frage iſt ſchon durch die Faſſung des Edicts vom 321 gelöſt; der Kaiſer ſagt: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Hiernach iſt

a) die Lex commissoria eine captio, alſo ein negotium damnum injustum parans [12]), eine circumventio, fraus, dispendium iniquum, alſo ein Nebenvertrag, durch den der Schuldner einen unbilligen Verluſt erleidet. Nicht jeder Nebenvertrag kann für eine captio erklärt werden. Wo keine ſolche zu finden iſt, darf demnach auch kein captiöſer Vertrag und folglich keine Lex commissoria angenommen werden, alſo gewiß nicht da, wo der Schuldner durch den Verkauf an den Gläubiger nichts verliert, d. h. nicht mehr verliert, als er durch die von dieſem gehörig veranſtaltete Distractio pignoris verloren haben würde; alſo da nicht, wo er für die Sache ein justum pretium erhält.

b) Der Kaiſer will aber unter den captiones, welchen Schuldner ausgeſetzt ſind, nur eine deren asperitas praecipue

12) S. Dirkſen, Manuale latinitatis v. V. captio und captiosum. Eine captio ſetzt nicht immer einen Betrug von Seiten des andern Contrahenten voraus. S. überhaupt fr. 14. D. 22. 3. fr. 3. pr. D. 37. 6. fr. 39. pr. D. 34. 2. fr. 66. §. 1. D. 36. 1. fr. 200. D. 50. 17. fr. 1. D. 4. 1. fr. 34. D. 19. 1. fr. 9. §. 4. D. 12. 2. fr. 1 pr 1. fr. 12. §. 2. 3. 4. D. 4. 4. fr. 14. §. 5. D. 4. 2. fr. 7. § 1. D. 18. 5. fr. 41. D. 41. 3. fr. 6. §. 10. D. 42. 8. c. 5. C. 2. 22. c. 2. pr. C. 4. 49.

crescit aufheben, und dieſe iſt die Lex commissoria. Nur die drückendſte, härteſte conventio wird von ihm mißbilligt und verboten [13]).

Welche iſt nun dieſe? Abgeſehen von der Erklärung der Worte: gewiß nur eine, nämlich die, in Folge welcher, wie weit auch der Werth der Sache den Betrag der Schuld überſteigen mag, das Pfand dem Gläubiger für die letzte verbleiben muß.

Keiner der übrigen Nebenverträge bei Verpfändungen iſt ſo drückend und ſo nachtheilig für den Schuldner, als dieſer; hier iſt ein iniquissimum damnum vorhanden; der Schuldner leidet ungerechten Verluſt, der Gläubiger bereichert ſich auf ſeine Koſten. Daher ſchließt der Kaiſer mit den Worten: Creditores re amissa jubemus recuperare quod dederunt, die ihnen gewordene Sache ſollen ſie wieder verlieren und nur erhalten, was der Schuldner ihnen zu zahlen hat.

Der klare und unzweideutige Wille des Geſetzgebers wird nun auch durch den Wortſinn des Namens des von ihm verbotenen Nebenvertrages genau beſtätigt. Die Benennung Lex commissoria kann nur den eben beſchriebenen Vertrag bedeuten.

Die hieher gehörigen philologiſchen Unterſuchungen ſind ſchon längſt und am ausführlichſten von v. Muſchenbroeck im Eingang ſeiner Diſſertation angeſtellt worden. Daß das Wort Lex ſoviel bedeutet als pactum iſt bekannt, weßhalb die bei den Gloſſatoren und Scribenten übliche und auch in die Decretalen c. 7. X. 3. 21. übergegangene Benennung pactum legis commissoriae auch ſchon im 16ten Jahrhundert als eine tautologiſche mit Recht verworfen worden iſt [14]). Die alte

---

13) Wer auf Pfänder Geld entlehnen muß, befindet ſich ſchon deshalb dem häufig eintretenden Nachtheil ausgeſetzt, die Pfänder unter dem Ankaufspreis veräußert zu ſehen. Schon die Nothwendigkeit, ſie veräußern zu müſſen, iſt drückend. Allein dagegen wollte der Kaiſer die Schuldner nicht ſchützen.

14) Alciat und Duaren haben den Sprachgebrauch des Mittelalters zuerſt gerügt. Merkwürdig iſt es, daß Cujacius ihn

Regel: pacta (adjecta) dant legem contractibus [15]) reicht hin gegen den Irrthum zu verwahren, es ſey unter Lex commissoria eine Lex z. B. des römiſchen Volks zu verſtehen [16]).

Das Epithet commissoria hat eine techniſche Bedeutung, die ſich jedoch aus der allgemeinen Bedeutung der Worte committere und commissum herleiten läßt. Dirkſen hat die verſchiedenen Bedeutungen dieſer Worte nach den wichtigſten Stellen unſerer Rechtsquellen angegeben.

Committere contra oder in legem [17]), in testamentum [18]), in legem contractus [19]), in stipulationem [20]) heißt gegen ein Geſetz, einen letzten Willen, einen Vertrag handeln und dadurch ſich die mit einer ſolchen Handlung verbundenen Nachtheile zuziehen, z. B. die Strafen oder Zinſen zu zahlen, daher auch in die Strafeverfallen, in poenam committere [21]). Paſſiv heißt es:

---

vertheidigt, opera T. VII. p. 732. Dies thun noch andere, wie Menken th. 6. und Gonzalez Tellez zu c. 7. X. 3. 21. de S. Felice in ſeinem Dictionnaire de droit ſpricht auch noch vom pacte de loi commissoire und Hoffacker vom pactum legis commissoriae.

15) Vgl. f. 7. §. 5. D. 2. 14. fr. 28. D. 50. 17. Wir erinnern auch an die leges mancipii, d. h. in mancipio datae, an die leges Manilliae venalium vendendorum bei Cicero de orat. I. 58. Varro de re rustica II. 11. Plin. hist natur. I. 18. Auch im Wort legulejus bedeutet Lex ſo viel als Vertrag. Cicero de oratore I. 55. Quinctilian institut orat. III. 3. Vergl. Theophilus zu fr. 7. III. 12.

16) Faber, Cujacius und Bachov warfen einigen Interpreten (z. B. Hottmann) dieſe grobe Verwechslung vor. Es thaten dies die Scribenten doch nicht, wenn ſie die Frage ſtellten: an lege commissoriae renunciari potest? Nur der Kürze wegen drückten ſie ſich (z. B. Pillius), freilich ſehr fehlerhaft, ſo aus. Ant Aug. de nominibus propriis Pandectarum c. IV. p. 305. führt allerdings den Lex commissoria mitten unter den leges romanae auf, ſagt jedoch, daß er kein Geſetz ſey.

17) Cicero Brutus c. 12. c. 5. C. 1. 14. fr. 32. D. 4. 4.

18) fr. 8. §. 2. D. 34. 8.

19) fr. ult. D. 18. 3. fr. 23. in fine D. 4. 8.

20) fr. ult. D. 2. 2.

21) Cicero pro Cluentio c. 37. i. f. C. I. 48. fr. 23. §. 1 — 3. D. 4. 8.

committitur poena, wenn jemand in dieſelbe verfallen, alſo die Strafe verwirkt iſt [22]). Die Strafe hat alſo ſtatt, wie wenn es heißt: committitur edictum, oder committit quis edictum, oder wenn geſetzt wird committitur lex Falcidia und committitur stipulatio [23]) vel lex contractus, d. h. der Fall des Edicts oder des Geſetzes ſey eingetreten oder die Bedingung exiſtire, von deren Erfüllung die Verpflichtung des Promittenten abhängig gemacht worden war.

In einem anderen Sinne heißt committere ſo viel als überlaſſen; z. B. eine Sache, eine Perſon, eine Verwaltung einem andern überlaſſen, auch etwas zu ſeiner Verfügung ſtellen [24]).

Beide Hauptbedingungen erſcheinen nun verbunden im Namen der Lex commissoria und in den Commissis [25]), (im Titel de vectigalibus et commissis, D. 39. 4.) Dort verfällt in Rechtsnachtheile, wer ſeinem Verſprechen binnen einer beſtimmten Zeit zu zahlen (zu bezahlen) nicht nachkömmt; wer ſich hier eine Zollfraudation zu Schulden kommen läßt, und dieſe Nachtheile beſtehen darin, daß hier die fraudirte Waare eigenthümlich an den Fiscus fällt, alſo zu ſeiner Verfügung ſteht, dort, daß eine Sache zur Verfügung des andern Contrahenten als ihm zugefallenes Eigenthum geſtellt wird. In den zwei Fällen wird alſo eine Sache verwirkt, und es kann der, dem ſie zufällt, dieſelbe vindiciren, ſie iſt unmittelbar ſein Eigenthum geworden [26]).

---

22) fr. 8. §. 11. 14. D. 37. 4.

23) fr. 70. D. 35. 2. fr. 68. D. 45. 1. fr. 14. §. 1. D. 46. 2. fr. 4. §. 2. D. 18. 3.

24) Eine Menge Stellen dafür hat Dirkſen v. Committere §. 3.

25) Was commissum ſey wird auf das Beſtimmteſte in fr. 14. D. 39. 4. von Ulpian erklärt. Er ſagt: Quod commissum est, statim desinit esse ejus, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigalis acquiritur. Ea propter commissi persecutio adversus quemlibet possessorem sic et adversus heredem competit.

26) Wir ſetzen voraus, daß die Lex commissoria auf die gewöhnliche Weiſe verbis directis geſchloſſen wurde.

Die Lex commissoria iſt alſo eine Vertragsclauſel, welche eine Sache dem andern verfallen macht: lex, ex qua res alteri committitur. In der Verpfändung geſchieht dies dadurch, daß im Nichtzahlungsfalle das Pfand zur Verfügung des Gläubigers ſteht, ebenſo wie die Commissa zu der des Fiscus [27]). Mit Recht erklärt daher auch Dirkſen das Adjektiv commissorius mit ad poenam commissi respiciens, und Commissum als ein Object das poenae causa avocandum privationi obnoxium iſt. Daher auch in commissum cadere, was ſo häufig vorkommt; ferner poena commissi [27]). Die Wortbedeutung der Benennung Lex commissoria iſt demnach höchſt einfach, klar und verſtändlich. Man begreift, warum Conſtantin es nicht

---

27) Schon Peter von Belleperche erklärt auf dieſe Weiſe die Lex commissoria, indem er ſagt (ad c. alt. C. 8. 35.): Hoc est verum pactum illius commissionis, per quod committebatur pignus in creditorem, sicut dicimus alibi, quod committebatur in fiscum ff. de public l. commissa. d. h. fr. 14. D. 39. 4. und ebenſo richtig ſagt Donellus de pign. et hypothec.: dicta est lex (L. c.) ad similitudinem legis commissoriae in venditionibus; qua id agitur, ut si ad diem pecunia soluta non erit fundus sit inemtus. Ut enim illa efficitur ut pecunia ad diem non soluta, statim dominium rei emtae emtoris esse desinat poenae loco et venditoris esse incipiat, sic istae Lex de pignoribus id agitur, ut pecunia creditori non soluta, dominium rei debitoris esse desinat et continuo creditori poenae ejusdam causae committatur. Verbi ratio ex commissis in vectigalibus ducta videtur. Fraudati vectigalis poena est ut res quas mercator professus non est et quarum nomine vectigal pendere debebat, ipso jure fisco vindicetur. Hoc fisco committi dicimus, quasi dicas tradi et adjici fisco ob commissum. Et commissa quaecumque in ea causa sunt, ut ob delictum statim desinant esse ejus qui crimen admisit dominiumque rei fisco vindicetur. Auf dieſelbe Weiſe erklärt Donellus auch den Begriff der Lex commissoria in ſeinem Commentar zur c. ult. C. 8. 35. in der Originalausgabe zu Leiden vom Jahr 1587 fol. p. 379—380. Cujacius, Gonzalez Tellez, Gothofredus, Leotardus geben und rechtfertigen alle dieſe Erklärungsweiſen des Begriffs.

28) fr. 16. pr. D. 1. 2. 3. 4. 10. D. 39. 4. c. 2. 3. C. 4. 61.

für nöthig fand, in ſeinem Edicte den von ihm aufgehobenen Vertrag zu definiren. Jedermann wußte, worin er beſtand; das Epithet Commissoria erklärte das Weſen deſſelben vollſtändig. Man konnte nur an dieſen Vertrag denken, als man Kunde vom Verbot erhielt.

Außer dem hier entwickelten Fall laſſen ſich nun allerdings noch andere denken, in welchen ein Verfallenſeyn des Pfandes an den Gläubiger bei ausbleibender Zahlung verabredet ſeyn kann, nämlich die von Weber und Mühlenbruch angegebenen, es ſolle ihm das Pfand für einen ſchon beſtimmten (vom Betrag der Schuld verſchiedenen) oder für einen noch zu beſtimmenden oder durch den Handelscurs beſtimmten Preis erworben werden. In beiden Fällen könnte man ſagen wollen: pignus committitur creditori: der Schuldner muß das Pfand dem Gläubiger überlaſſen. Weber hat hierauf alles Gewicht gelegt.

Allein wir dürfen juriſtiſchen Kunſtausdrücken nicht die Bedeutung unterſchieben, die wir für geeignet oder nicht für unpaſſend halten, ſondern nur die feſthalten, welche wirklich damit verknüpft worden iſt, oder nach Rechtsgründen damit verknüpft werden mußte. Was nämlich den erſten Fall betrifft, ſo läßt ſich zeigen, daß das Pactum: das Pfand ſolle im Nichtzahlungsfalle dem Gläubiger für ein justum pretium verkauft werden, nicht für eine Lex commissoria erklärt werden konnte. Dies hätte nur geſchehen können, wenn beim Eintreten der Bedingung deſſelben (d. h. bei nicht erfolgender Zahlung) ein eigentliches, wahres Verwirktwerden des Eigenthums der verpfändeten Sache ſtatt gehabt hätte. Allein dies war hier nicht der Fall, weil ja in einem Pactum dieſer Art keine emtio perfecta enthalten iſt. Was hat ſtatt, wenn bei einer ſolchen Verpfändung der Schuldner nicht zahlt? Erwirbt der Gläubiger ſchon Eigenthum? Iſt des Schuldners Wille ſo gebunden, daß die Sache ſchon jetzt für ihn verloren iſt? Offenbar nicht. Er unterliegt blos der Verpflichtung, ſich die Feſtſetzung eines billigen Preiſes gefallen zu laſſen, und dabei hat er ein

Wort mitzusprechen, seine Zustimmung zu geben, sey es auch nur zur Wahl dessen, welchem die Bestimmung des Preises überlassen wird. Noch ist kein pretium certum vorhanden, daher auch im strengen Sinne nicht einmal ein bedingter Kauf geschlossen. Dies sagt das oft berührte fr. 16. §. 9. D. 20. 1., von welchem hier nun genauer zu sprechen ist, ausdrücklich.

Nicht umsonst beruft sich Marcian darin auf kaiserliche Rescripte, vor welchen wahrscheinlich die Wirksamkeit einer solchen Verabredung noch in Zweifel gezogen war.

Wir setzen die ganze Stelle her: Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtionis possideat rem (hier fehlt creditor) justo pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Die Auslegung dieses Fragments unterliegt keinen Schwierigkeiten; dasselbe ist gewiß so in die Pandecten aufgenommen worden, wie Marcian es niedergeschrieben hatte. Huberus in der Eunomia p. 732 sucht in den Worten justo pretio tunc aestimandum ein durch das constantinische Verbot veranlaßtes Emblema Tribouiani [29]). Allein dagegen ist die Entscheidung Marcians selbst und der Umstand, daß er sich auf kaiserliche Rescripte beruft. Indem der Jurist bemerkt: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, deutet er an, daß er gerade den angeführten Fall im Auge hatte. Streng genommen war, wie schon gesagt, kein bedingter Kauf vorhanden, weil der Preis erst noch festgesetzt werden sollte; es konnte also als Kauf der Vertrag für noch nicht bindend gehalten werden, wie es auch (nach Gaius III. §. 140 und nach §. 1. J. 3. 23. (24.) im älteren Röm. Rechte bestritten war: ob dann schon ein Kauf vorhanden sey, wenn ausgemacht

29) Dies thut auch Wissenbach, den übrigens sein Gegner Wybo auch hier bekämpft.

war, ein Dritter ſolle den Preis beſtimmen [30]). Anfragen bei dem Kaiſer konnten alſo hierüber vorkommen.

Schon Beſt, in der bei Glück S. 100 abgedruckten Stelle, hat dieſes quodammodo recht gut erklärt.

Der wahre Grund der Gültigkeit des Vertrags: ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia creditor possideat rem justo pretio tunc aestimandam iſt in der Regel: Pacta dant legem contractibus, zu ſuchen. Es iſt hier ein pactum bonae fidei contractui adjectum vorhanden, gegen welches nichts einzuwenden iſt, daſſelbe iſt alſo ebenſo gültig und folglich ebenſo klagbar, wie der Pfandvertrag ſelbſt. Die Bemerkung Marcian's, es ſey gewiſſermaßen ein bedingter Kauf vorhanden, ſoll nur die Natur dieſes Vertrags näher angeben.

Die Aufnahme des fr. 16. §. 9. in die Pandecten liefert uns einen ſchlagenden Beweis, daß das darin aufgeführte Pactum nicht für eine Lex commissoria zu halten iſt, und beſtätigt daher auf eine indirecte Weiſe die von uns vertheidigte ältere Begriffsbeſtimmung dieſes Vertrags.

Es iſt nämlich nicht möglich, daß Juſtinian in die Pandecten eine Stelle aufnahm, welche einen ſchon ſeit 200 Jahren verbotenen Vertrag noch für gültig erklärt, während er das Verbot aufs Neue in ſeinem Codex ſanctionirt. Die Kaiſer ſagen: placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri! Das Andenken der kaptiöſen Clauſel ſollte ganz verſchwinden; wie iſt es denkbar, daß Juſtinian, nachdem die c. 3. ſchon im Codex Theodosianus und in ſeinem erſten Codex ſtand, dennoch in den Pandecten eine Entſcheidung gelaſſen habe, nach welcher der verbotene Vertrag für gültig angenommen wird? Daraus, daß das pactum, ut creditor non soluta pecunia jure emtionis possideat rem justo pretio

30) Juſtinian hat erſt entſchieden: es ſey hier ein bedingter Kauf vorhanden. Siehe über den Zuſammenhang des fr. 16. §. 9. D. 20 1. mit der Streitfrage Schraders Note zu §. 1. J. 3. 23. (S. 536 ſeiner Inſtitutionenausgabe.)

aestimadam in den Pandecten nach der ſchon längſt mehrmals ſanctionirten c. ult. C. 8. 35., für gültig aufgeführt wird, folgt alſo unwiderleglich, daß die Verfaſſer der Pandecten daſſelbe nicht für eine Lex commissoria, ſondern für einen von dieſer verſchiedenen, keine Captio enthaltenden Nebenvertrag hielten! [31]).

Weber macht hier eine falſche Anwendung der Rechtsregel: Lex posterior derogat priori, und der ſehr richtigen Anſicht Thibauts, es laſſe ſich aus dem neueren Recht im Codex erkennen, welche Stellen der Pandecten nur rein Antiquariſches enthielten.

Das letzte iſt allerdings da der Fall, wo Juſtinian Neuerungen machte, ohne daß es ihm möglich war, alle Spuren des frühern Rechts in den Pandecten zu vertilgen, z. B. in der Lehre von der Specification. Allein hier, wo Conſtantins Edict ſchon längſt alles Alte, und ſogar mit rückwirkender Kraft, aufgehoben hatte, war es ein Leichtes, die Aufnahme antiquirter Stellen in den Pandecten zu vermeiden, um ſo mehr, als der commiſſoriſche Vertrag ſehr einfach und leicht erkenntlich war. Die Redactoren der Pandecten konnten nicht leicht getäuſcht werden oder in einen Widerſpruch mit dem längſt geltenden Recht des Codex kommen. Da zwiſchen dieſem und den Pandecten eine vollkommene Uebereinſtimmung von ihnen beabſichtigt wurde, welche in dieſer Lehre ſo leicht erreicht werden konnte, ſo darf man als gewiß annehmen, daß in den Stellen der Pandecten, welche auf den erſten Anblick uns von der Lex commissoria zu handeln ſcheinen, nicht von dieſer, ſondern von

31) Alle Ausleger des Röm. Rechts vor Weber waren hierüber einer Meinung, ſowohl Praktiker als Theoretiker. Bei Glück, S. 100. Nr. 87., werden zum Beweis zwei Entſcheidungen aus dem vorigen Jahrhundert angeführt; die eine findet ſich in J Ur. von Cramers Observationes juris universi T. I. obser. 434; die andere in C. L. Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den preußiſchen Staaten B. XVIII. S. 266 folg. Unter den älteren deutſchen Praktikern führen wir an Harprecht zu §. 4. J. 3. 15. Nr. 216. Carpzov Lib V. Responsor. tit. 2. Resp. 12.

einem andern erlaubten Vertrage die Rede iſt, oder daß darin Fragen entſchieden werden, welche auch nach der l. ult. C. de pact. pign. vorkommen und nach dem ältern Recht entſchieden werden mußten. Dieſe Bemerkung iſt nicht blos auf das fr. 16. §. 9. D. 20. 1. anwendbar, ſondern auch (wie wir in §. 12 und 13 zeigen werden) noch auf einige andere Stellen, z. B. auf fr. 34. D. 13. 7. und fr. 81. pr. D. 18. 1.

Weber macht aber noch aus andern Gründen eine falſche Anwendung von der Regel Lex posterior derogat priori; denn die l. ult. C. 8. 35. iſt in einem Sinne keine Lex posterior des fr. 16. §. 9., da ſie ſchon vor der Sanction der Pandecten (auch im erſten Codex) ſanctionirt war, ſie mußte alſo, wenn man ſie auch noch ſo allgemein auslegen wollte, auf jeden Fall durch das fr. 16. §. 9. D. 20. 1. beſchränkt werden; da beide Stellen in derſelben Geſetzgebung ſich vorfanden und ſich nicht in ihrem ganzen Umfang widerſprechen, alſo coordinirt werden können, ſo muß man Weber hier mit Celſus in fr. 24. D. 1. 3. zurufen: Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere. Nach dieſem Allem iſt es conſequent zu ſagen:

da der in fr. 16. §. 9. D. 20. 1. angeführte Nebenvertrag trotz des Verbotes der c. 3. C. 8. 35. in der Juſtinianſchen Geſetzgebung gebilligt wird, und da in demſelben kein wahres Commissum, d. h. kein unmittelbares Verwirktwerden des Eigenthums der Sache zu Gunſten des Gläubigers vorhanden iſt; auch in der Verabredung: der Gläubiger ſolle im Nichtzahlungsfalle die verpfändete Sache für einen billigen, noch feſtzuſetzenden Preis erhalten, keine captio, kein locupletior fieri damno alterius ſtatt hat: ſo darf dieſes Pactum nicht für eine Lex commissoria gehalten werden.

Durch dieſe unſere Ausführung ſcheint uns die ältere Begriffsbeſtimmung der Lex commiss gerechtfertigt, wonach dieſer Vertrag nur anzunehmen iſt, wenn ausgemacht wird, daß das Pfand für die Schuld dem nicht zur gehörigen Zeit befriedigten Gläubiger verfallen ſeyn ſolle.

Von dem bisher beſprochenen iſt der zweite von Mühlenbruch geſtellte Fall, es ſolle das Pfand dem nicht zur gehörigen Zeit befriedigten Gläubiger für den durch den Handelscurs beſtimmten Preis verkauft ſeyn, nicht weſentlich verſchieden, denn dieſer Preis iſt ja nichts anders, als das zur Zeit der Zahlung exiſtirende und leicht zu ermittelnde justum pretium. Würde das Pfand vom Gläubiger veräußert, ſo erhielte er ja auch nicht mehr dafür.

Was den zweiten von Weber für eine Lex commissoria erklärten Fall betrifft, wo die Sache für einen ſchon jetzt, d. h. beim Eingang des Vertrags beſtimmten Preis überlaſſen wird, ſo hat nach den meiſten Auslegern, Glück S. 99, ſehr richtig bemerkt, daß es darauf ankomme, welcher Preis feſtgeſetzt ſey; iſt nämlich derſelbe ſo billig, daß der Schuldner nichts dabei verliert, ſo dürfen wir keine Lex commissoria annehmen. Nur wenn in demſelben des allzugeringen Preiſes wegen eine Captio zu finden ſeyn ſollte; müſſen wir es als ein in fraudem legis geſchloſſenes Geſchäft für ungültig erklären. Wir können daher Herrn Hofrath Fritz [32]) und dem ihm folgenden Sintenis (S. 358) nicht beiſtimmen, die ihn für gänzlich verboten erklären, weil ihn keine Stelle billige und er eben ſo viel (?) gegen ſich habe, als das Ueberlaſſen des Pfandes für die Schuld.

Allein da die Ueberlaſſung des Pfandes für einen ſchon beſtimmten billigen Preis keine captio, keine asperitas für den Schuldner enthält, ſo läßt ſich nicht begreifen, warum eine Verabredung hierüber durchaus verboten ſeyn ſoll? Es iſt offenbar nur zu unterſuchen, ob in fraudem legis gehandelt, d. h. der Schuldner übervortheilt wird, und nur dann der Vertrag für ungültig zu erklären.

Zum Schluſſe dieſes Paragraphen müſſen wir die allgemeine Bemerkung machen, daß die von Weber, Seuffert

32) Erläuterungen zum Weningſchen Lehrbuch S. 477.

und Mühlenbruch vertheidigte Begriffsbeſtimmung ſchon deshalb zu mißbilligen iſt, weil es ihr an der nöthigen Genauigkeit fehlt. Wo iſt die Grenzlinie des Begriffs zu ſuchen? Hinge es nicht ſtets vom Ermeſſen des Richters ab, anzunehmen, ob eine Lex commissoria da ſey oder nicht?

Im Röm. Rechte, wo die juriſtiſchen Begriffe ſo genau beſtimmt ſind, namentlich die, für welche eigene Kunſtausdrücke gebraucht worden, muß eine ſo vage Lehre verworfen werden.

Da der Sinn der Worte Lex commissoria ſo präcis iſt, als der des commissum, ſo wäre es offenbar verkehrt, dem gewiſſen, genau begrenzten Begriffe einen unbeſtimmten, auf keine Interpretation ſich ſtützenden vorzuziehen.

Stellt man den Begriff der Lex commissoria pignorum in ſeiner ganzen Strenge feſt, ſo kann man zum Daſeyn derſelben mit Dumolin [33]) dreierlei fordern.

Tria sunt (ſagt er n. 364) de substantia pacti formalis Legis commissoriae stricte et proprie sumptae:

Primum quod fiat super pignore vel hypotheca et verbis directis non obliquis; ut etiam communiter omnes tradunt.

Secundum quod de dando creditori in solutum, pro debito, pro quo res est hypothecata.

Tertium quod non pure nec de praesenti sed in casum, quo debitum non erit solutum in termino.

Hoc est proprie et stricte lex i. e. pactio commissoria pignorum videlicet, ut pignora cadant in commissum debito ad diem non soluto.

Daß der commiſſoriſche Vertrag bei Verpfändungen in einer andern, als in ſeiner hier angeführten einfachen Geſtalt vorkommen kann, iſt ſchon angedeutet worden. Wo dies geſchieht, und die Abſicht der Contrahenten, das Verbot zu um-

33) Dieſe Beſtimmungen Dumolins ſind gewiß richtiger, als die ſchon gerügte von Menken, der als Erforderniß der L. c. aufführt 1 ut pecunia a creditore mutuo sit data, 2. sub pignore rei mobilis creditori traditae.

gehen, erwieſen iſt, darf das in fraudem legis eingegangene Geſchäft natürlich nicht aufrecht erhalten werden. Allein ſelbſt um zu beurtheilen, ob ein ſolches vorhanden iſt, muß der Begriff der Lex commissoria genau beſtimmt und bekannt ſeyn; denn es iſt in allen dieſen Fällen zu ermitteln, ob dieſe der Sache nach vorhanden iſt oder nicht [84]).

§. 7. Von der Lex commissoria bei Verpfändungen im älteren röm. Rechte und von der Fiducia.

Die ganze Faſſung des Conſtantiniſchen Edictes berechtigt zur Annahme, daß durch daſſelbe die Lex commissoria bei Verpfändungen zum erſtenmal verboten wurde — daß alſo dieſelbe vorher eine erlaubte, ja ſehr häufig vorkommende, Clauſel war.

Der Kaiſer ſagt: placet infirmari eam; ſie war alſo vorher rechtsgültig. Ja crescebat ejus asperitas! Er erklärt: Si quis ergo tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia repellit et futura prohibet. Da Conſtantin ſeinem Verbot eine rückwirkende Kraft beilegt, ſo ſehen wir, wie ſehr verbreitet die Lex commissoria geweſen ſeyn mußte. Endlich zeigt das Ende des Geſetzes: Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt — an, daß bis dahin die Gläubiger in Folge der commiſſoriſchen Clauſel Sachen erwarben, die ſie jetzt wieder verlieren ſollen. Es war alſo dieſe früher ein rechtsgültiger, nicht verbotener Vertrag. Hätte ein früheres Verbot beſtanden, oder wäre die Lex commissoria aus allgemeinen Rechtsgründen ungültig geweſen, ſo würde der Kaiſer nicht ermangelt haben, dies zu ſagen, ſein Edict wäre ganz anders abgefaßt worden.

So überzeugend dieſe Gründe ſind, welche jeder aufmerk-

---

84) Die Unterſcheidungen der vera lex commissoria und des pacti similis commissorii im Mittelalter und der Lex commissoria formalis und virtualis bei Menken Thes. VIII. beruhen auf der oben angegebenen Grundlage.

ſame Leſer der L. ult. C. de pactis pignorum von ſelbſt finden wird, ſo hat es doch Civiliſten, und zwar ſehr berühmte gegeben, welche die Behauptung aufſtellten, die Lex commissoria bei Verpfändungen ſey ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten für unerlaubt gehalten worden. Sie führten für dieſe Behauptung den Grund an, es ſey dieſer Vertrag ſchon an und für ſich ein pactum turpe, alſo contra bonos mores geweſen, und werde in den Pandecten nicht gebilligt, auch berufen ſie ſich auf einige Stellen, aus welchen ſie beweiſen wollen, die römiſchen Juriſten und früheren Kaiſer hätten denſelben mißbilligt. Dieſe Stellen ſind:

fr. 45. pr. D. 46. 3. fr. 16. §. 9. D. 20. 1. c. 1. C. 8. 35.[35])

Ja ſogar:

fr. 34. D. 13. 7. fr. 81. pr. D. 18. 1.

Außer Ant. Faber, der aus andern, nachher anzugebenden Gründen, die Lex commissoria früher für rechtsungültig hielt, iſt hier beſonders Donellus[36]) zu nennen, der übrigens nur aus dem erſten Grunde die Lex commissoria ſchon früher für unerlaubt hielt. Balduinus[37]) c. 17. nimmt blos an, dieſelbe ſey von den römiſchen Juriſten nicht gebilligt, alſo ungern von ihnen geſehen worden. Später vertheidigten Maeſtertius und Cocceji[38]) die Meinung des Donellus. Für die entgegengeſetzte Anſicht ſchrieben Pinelus, P. II. c. I. n. 27.; Bachovius, I. 15.; Jac. Gothofredus, p. 294.;

35) Balduin in vita Constantini beruft ſich ſogar auf fr. 38. pr. D. 4. 4., wo geſagt wird die L. C. habe dem Kaiſer Caracalla mißfallen. Allein hier iſt ja von der L. C. beim Kauf die Rede. Mit Recht rügt daher v. Muſchenbroeck p. 656 die grobe Verwechslung.

36) Commentarii ad l. 3. C. 8. 35. in der Luccaſchen Ausgabe, T. IX. p. 1225—1226.

37) In ſeinem Constantinus magn. p. 290 ſagt er ſchon Sev. Alex. habe durch l. 1. C. 8. 15. die Lex commiss. verboten gehabt.

38) Jus Controv. 13. 7. quaest. 8., wo er ſich auf die beiden zuletzt angeführten Pandectenſtellen beruft. Sein Commentator Emminghaus ſtimmt ihm nicht bei.

Gothofredus a Jena §. 16 und 17.; Menken, th. 11, 12, 13.; Leyser, Meditationes 158. und ex professo; van Muschenbroeck im c. III. seiner Dissertation. Seit der gründlichen Widerlegung [39]) des letzten, vertheidigte kein Rechtsgelehrter die entgegengesetzte Meinung mehr. Dies wird nun seit der Entdeckung der vaticanischen Fragmente gewiß auch Niemand mehr unternehmen, weil in diesem §. 9, wie schon gezeigt ist, daß der commissorische Vertrag bei einer Verpfändung von Papinian ausdrücklich für gültig erklärt wird.

Eine Widerlegung der früheren Irrthümer scheint daher für überflüssig gehalten werden zu müssen. Wir finden uns indessen durch den Zweck der gegenwärtigen dogmengeschichtlichen Untersuchungen veranlaßt, zu zeigen, daß abgesehen von den jetzt uns zu Gebote stehenden historischen Aufschlüssen, die Ueberzeugung von der Gültigkeit der Lex commissoria vor dem Jahr 321 auf die triftigsten Gründe sich stützt, und daß weder aus den von Donellus angegebenen Gründen, noch durch die oben angeführten Stellen das Gegentheil sich darthun läßt.

Nach jenen berühmten Rechtsgelehrten soll die Lex commissoria bei Verpfändungen ein pactum turpe, also contra bonos mores gewesen seyn. Allein wie grundlos diese Behauptung sey, hat schon van Muschenbroeck (p. 650-652) gezeigt [40]). Die Lex commissoria ist ein für den Schuldner allerdings sehr oneröser Kaufvertrag, der jedoch an und für sich nichts Unerlaubtes enthält und nach dem älteren Rechte nur angreifbar war, wenn ein dolus mit unterlief oder eine laesio enormis (angenommen, daß schon vor Diocletian — wegen dieser die Auflösung eines Kaufs vom Verkäufer gefordert werden konnte). War doch bis auf Justinian erlaubt 12 Procent Zinsen zu

39) Es hat indessen dieser Schriftsteller doch mehrere Pandectenstellen nicht richtig ausgelegt. Z. B. fr. 81. D. 18. 1. fr. 45. D. 46. 3.

40) Andere Rechtsgelehrte, wie Puffendorf, Gundling, Leyser und Riccius erklären daher auch die Lex Commiss. Pign. sey dem Naturrecht nicht zuwider.

uehmen! Der Reiche zog aus der Lage des Bedrängten Vortheil; allein dieſer Vortheil war nach dem damals geltenden Rechtsgrundſätzen ein erlaubter. Allerdings konnte man ihm vorwerfen, er bereichere ſich auf Koſten des Schuldners; allein, obgleich dieſe Behauptung den Geſetzgeber beſtimmen mußte, zu Gunſten der Unglücklichen einzuſchreiten, ſo konnte dem Gläubiger jener Grund nicht mit Erfolg opponirt werden. Denn da ja mit des Schuldners Willen die Verpfändung cum lege commissoria geſchah, ſo konnte ihm jener mit dem bekannten Volenti non fit injura antworten und dieſer war entwaffnet.

Einen Diebſtahl hier anzunehmen, verbietet das formelle Recht ganz und gar, da keine contrectatio rei fraudolusa invito debitore ſtatt hat. Ebenſo ſind die allgemeinen Rechtsgrundſätze der condictio ob turpem causam nicht anwendbar; denn es beſteht für Niemand eine Rechtspflicht einem Bedrängten mit Geldunterſtützung unter ſo billigen Bedingungen, wie dieſer es wünſchen könnte, zu Hülfe zu kommen.

Wie wenig aus den angeführten Pandectenſtellen ſich Beweiſe für die irrige Anſicht hernehmen laſſen, ergibt ſich aus der Interpretation derſelben.

Was 1. das ſchon erklärte fr. 16. §. 9. D. 20. 1. betrifft, ſo hat man daraus, daß geſagt wird: potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam geſchloſſen; der Vertrag würde ſchon nach der Anſicht Martians ungültig geweſen ſeyn, wenn die Verabredung justo pretio tunc aestimandam nicht gemacht worden wäre. Allein dieſes ſchon an und für ſich weit hergeholte Argument iſt hier ganz verwerflich, denn aus dem Ende der Stelle ergibt ſich, wie wir ſchon S. 326 gezeigt haben, daß der Juriſt ohne alle Nebenrückſicht die Frage beantworten wollte, ob ein ſo gefaßter Vertrag, in welchem noch kein pretium certum feſtgeſetzt war, gültig ſey, was er mit Berufung auf kaiſerliche Reſcripte bejaht. Die Gültigkeit der Ver-

abredung: ut pecunia foenoris non soluta creditor jure empti dominium retineret war weniger zweifelhaft, wie die des von ihm angegebenen Vertrags.

Es ist auch schon ausgeführt worden, daß in den Worten justo pretio tunc aestimandam kein Emblema Triboniani anzunehmen sey; dies würde nicht zur Anführung der kaiserlichen Rescripte passen, die ja über den von Martian erzählten Fall waren erlassen werden. Dieser Fall, wie er war, mußte nach der Strenge der Rechtsgrundsätze zweifelhaft erscheinen, und war deshalb einer Entscheidung werth, bei der an ein Verbot der Lex commissoria zu denken nicht nöthig ist.

2. Daß in fr. 45. pr. D. 46. 3. fr. 34. D. 13. 7. und fr. 81. pr. D. 18. 1. keine Mißbilligung des commissorischen Vertrags vorhanden ist, ja daß darin nichts vorkömmt, was sich auf die Lex commissoria bezieht, wird in unserem §. 11. über allen Zweifel erhoben werden.

3. Endlich kann nur ein gänzliches Mißverstehen der c. 1. C. h. t., wo der Kaiser Severus Alexander sagt: qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solverit cessurum se creditoribus, hypothecae [41]) venditionem non contraxit sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscando pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. P. P. id. Oct. Alex. A. Conss. (222) ein Verbot der Lex commissoria finden; denn der hier beurtheilte Nebenvertrag wird nicht für einen unerlaubten darin erklärt, sondern blos für einen überflüssigen, daher sagte schon Donellus mit Recht: hanc conventionem inutilem et supervacaneum esse. Dergleichen Erklärungen kommen, wie v. Muschenbroeck p. 660 bemerkt, auch in fr. 69. D. 28. 5.

41) Hotmann schlägt hier eine zwar nicht nöthige, aber doch gute Textverbesserung vor, nämlich die: Cessurum se creditoribus hypotheca, venditionem etc. Verwerflich ist aber die salmasische Cessurum se creditoribus jus hypothecae; s. v. Muschenbroeck, p. 658–660.

und c. 4. C. 4. 24. vor, und hier zwar von demſelben Kaiſer, der die c. 1. C. 8. 35. erlaſſen hat.

Dies beſtätigen die Baſiliken [42]), wo die Stelle ſo wiedergegeben iſt:

Ἐὰν συμφωνησῇ τις πρὸς τὸν δανειστὴν, ὅτι ἐι μὴ καταβαλῃ ἐντος τοδδε τοὺ χρὸνου, παραχωρῆιτὰς ὑποθήκας, ου δοκεῖ πιπρὰσκειν αυτᾶ, αλλά το κατα πάντων δικαίον διδοναι ἀντῶ, τουτ ἔστι τὸ ἐξεῖναι πιπράσκειν ἀντῶ.

Si quis cum creditore pactus esset, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes jus ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris.

Da durch dieſen Nebenvertrag nach des Kaiſers Ausſpruch der Gläubiger nicht mehr Rechte rückſichtlich des Pfandes erlangt, als ihm jure communi zuſtehn, d. h. wie die Baſiliken ſagen, die Veräußerungsbefugniß und da er, wie der Text ſagt, die Verpflichtung hat, das Pfand zu veräußern, ſo iſt es klar, daß in c. 1. C. h. t. keine dieſe Lex commissoria angenommen [43]), alſo auch nicht für ungültig erklärt wird. Es iſt auch nicht einmal darin geſagt, daß der Gläubiger in Folge eines ſolchen Vertrags das Recht habe, das Pfand ſchneller, d. h. ohne die vorher übliche Denunciatio zu veräuſſern, denn es heißt ja: communi jure creditor vendere debet, d. h. auf die gewöhnliche Weiſe [44]).

Unter den Civiliſten, welche die Gültigkeit der Lex commissoria pignorum nach dem älteren Recht vertheidigt haben, gibt es nicht wenige, die dadurch den Hauptbeweis ihrer Be-

---

42) Bei Glück p. 91. n. 65., aus Fabrot T. IV. p 82.

43) Man darf das hier angeführte Pactum nicht einmal mit den Interpreten des Mittelalters für ein Pactum simile legis commissoriae erklären.

44) Jac. Gothofredus p. 293 war der hier getadelten Meinung. v. Muſchenbroeck p. 660 ſpricht ſich hier gegen ſeinen Führer aus.

hauptung zu führen ſuchten, daß ſie ſagten: die Verpfändungsweiſe durch die Fiducia habe eine Lex commissoria enthalten. Dies thun zuerſt Cujacius [45]), Hotmann [46]), Balduin [47]), Giphanius [48]), Bachovius [49]), Gonzalez Tellez [50]) und dann mehrere andere [51]), im neunzehnten Jahrhundert Schweppe [52]).

Schon früh wurde die Anſicht bekämpft und zwar am gründlichſten durch Jac. Gothofredus und durch v. Muſchenbroeck (c. 4.) Außer ihnen ſind noch als gründliche Gegner derſelben zu nennen Maranus [53]), Menken (th. IV.), Schulting [54]), Fr. C. Conradi [55]), Weſtphal (Pfandrecht §. 260. Note 292.) — Glück, im Anfang des §. 869 und neueſtens H. A. Zachariä in ſeiner Diss. de Fiducia. Goettingae 1830. 4.

Die Meinung, daß jede Verpfändung per fiduciam eine L. Comm. enthalten habe, wurde durch folgende Gründe veranlaßt:

1) Spricht Cicero Epist. ad Div. XIII. 56. de hypothecis commissis und in der Rede pro Flacco c. 21 de fiducia commissa.
2) Handelt Paulus in Lib. II. tit. XIII. der Rec. Sent. unter der Rubrik de lege commissoria von der Fiducia.
3) Wurde ja der Gläubiger, dem die Sache sub lege remancipationis mancipirt wurde, wirklicher Eigenthümer

45) Notae ad Paul. II. 13., ein Commentar zu lib. I. c. 25. Feudor. Notae posteriores ad §. ult. J. d. legitim. Agn. Tutela. Recitationes ad Codicem VIII. 35.
46) Ad l. ult. C. 8. 35.
47) De Pignor. I. 17.
48) Explanatio Codicis p. 395.
49) De Pignorib. I 15.
50) Ad c. 7. X. 3. 21. n. 7. 8.
51) Gelegentlich auch Ferd. de Retes im Thesaur. v. Meerman t. VI. p. 52—71, endlich Huberus Eunonia p. 732.
52) Geſchichte des Röm. Rechts §. 256.
53) Commentar. ad Pandect. XVIII. 3.
54) Zu Paulus II. 3.
55) In den Diſſertationen de Contractu Fiduciae I. 20; in der von Pernice veranſtalteten Ausgabe der Scripta Minora p. 172.

der verpfändeten Sache und blieb es bis zur Einlöſung derſelben durch den zahlenden Schuldner [56]).

Daß dieſe Gründe nicht hinreichen, die auf ſie ſich ſtützende Anſicht zu beweiſen, wird ſich aus einer tiefer eingehenden Unterſuchung über das Weſen der Fiducia ergeben, über welche die Inſtitutionen des Gajus einige neue Aufſchlüſſe enthalten.

Es iſt bekannt, daß die Fiducia ein Vertrag war, der vermittelſt einer Mancipatio oder in jure cessio geſchloſſen wurde, und ſchon bei Cicero [57]) unter den contractus aufgeführt wird, aus welchen bonae fidei actiones entſpringen. Die actio fiduciae directa war infamirend. Ebenſo iſt es bekannt, daß dieſer Vertrag bei allerlei Rechtsgeſchäften vorkam, ſo daß er als eine allgemeine Vertragsform erſcheint, deren man ſich zu den verſchiedenſten Zwecken bediente. Der Gebrauch der Fiducia bei der Emancipatio zur Erhaltung des väterlichen Erbrechts, ferner zum Behufe der tutela fiduciaria wird durch eine Menge Zeugniſſe in den Quellen des älteren Röm. Rechts beſtätigt; man weiß ferner, daß er auch mit dem Depositum [58]) verbunden werden konnte. Am häufigſten kam derſelbe bei Verpfändungen vor, ſo daß er nicht ſelten geradezu als eine Verpfändungsart aufgefaßt wird. Die Hauptſtelle hierüber enthält Isidorus, Orig. V. 25., in welcher fiducia, pignus und hy-

---

56) Isidor. V. 25. Paulus, II. 13. §. 3.

57) Pro Roscio commoedo c. 6. De officiis III. 15. 17. pro Caecinna c. 3. Epistolae ad familiares 47. c. 12. De natura Deor. c. 30. Tabula Heracleensis n. III. Gaj. IV. 62. Hier wird nur das jud. fiduciae und nicht die act. pgn. erwähnt. Daß dieſer Vertrag auch vermittelſt einer in jure cessio eingegangen werden konnte, ſagen Gaius II. 59. III. 201. und Boethius ad Ciceronis Topica c. 10.

58) Daher ſagt Gaius II. 60. auch bei Boethius ad Topic. Ciceronis 10, Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure aut cum amico, quod (wohl beſſer quo) tutius res apud eum essent. Dieſe Form des Anvertrauungsvertrags gab dem Depoſitar viel mehr Mittel, ſich im Beſitz der Sache zu ſchützen; er hatte die Interdicte und die Rei vindicatio.

potheca bekanntlich als die drei Hauptarten der Verpfändungs, weiſen ſich einander entgegengeſetzt werden. Wir ſind des Folgenden wegen genöthigt, die Stelle hier wieder zu geben.

Inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest. Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Caeterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae mutuae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua commodatur (?) sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente.

Man ſieht, daß in den drei hier genannten Verträgen daſſelbe beabſichtigt wurde, nämlich dem Gläubiger eine reelle Sicherheit zu verſchaffen, daß aber dieſe in den drei Verpfändungsweiſen dem Grade oder der Stärke nach verſchieden war. Durch die Fiduciariſche Verpfändungsweiſe erhielt er die ſtärkſte Garantie, er wurde Eigenthümer der verpfändeten Sache und zwar ex jure Quiritium (inſofern der Verpfänder es war), beim pignus erhielt er blos den Beſitz, d. h. den ächten, durch die Interdicte geſchützten Beſitz der Sache; die hypotheca — offenbar die ſpätere Form — gab ihm blos ein Forderungsrecht an die Sache, welches jedoch durch die actio hypothecaria geſchützt, faſt eben ſo kräftig war, als das fiduciariſche Pfandrecht [59]).

Von den beiden letzten Verpfändungsformen iſt hier nicht ausführlicher zu handeln, weshalb wir uns auf die fiduciariſche beſchränken, über welche Paulus und Gaius [60]) die wichtigſten Belehrungen enthalten. Nach jenem ſteht die Fiducia dem

---

59) Die hypotheca war im Grunde nur eine abgekürzte und nicht feierlich vorgenommene fiducia; denn bei dieſer behielt in der Regel der Schuldner auch den Beſitz der verpfändeten Sache (z. B. precario), weßhalb die usu receptio ſo leicht war. Zu weit geht übrigens Salmasius de modo usurarum, welcher behauptete: das Wort hypotheca ſey nur eine Ueberſetzung des Wortes fiducia.

60) Es iſt zu bedauern, daß die Stellen in den Vatic. fragm., worin der fiducia Erwähnung geſchieht, ſo ſehr verſtümmelt ſind. Nur §. 94 ließ ſich ergänzen. Keine Belehrung geben §. 37 und §. 252.

Pignus ſehr nahe, ſo daß einige Hauptwirkungen beider, namentlich die, welche ſich auf die durch den Gläubiger vorzunehmende distractio der Sache beziehen, im Ganzen dieſelben ſind. Ob dies immer ſo war, darüber ſind die Rechtsgelehrten nicht einig. Aus beiden erſehen wir, daß zwar der Gläubiger bis zu ſeiner Befriedigung quiritariſcher Eigenthümer der ihm pfandsweiſe mancipirten Sache war [61]); jedoch den Fruchtgenuß derſelben nicht zu ſeinem, ſondern zu des Schuldners Beſten hatte, gerade wie der Beſitzer des Pignus; und daß er nach erloſchener Schuld zur Rückgabe (remancipatio) der Sache verpflichtet war; im Nichtzahlungsfalle aber dieſelbe gerade ſo veräußern mußte (wenn er befriedigt ſein wollte), wie der creditor pigneratitius. Wie dieſem zur Erſtattung der Verwendungen auf die Sache u. ſ. w. die actio pigneratitia contraria zuſteht, ſo hat der creditor fiduciarius die actio fiduciae contraria. Es erklären ſich aus dem eben Geſagten folgende Sätze des Paulus ganz natürlich:

§. 1. Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem [62]).

§. 2. Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit [63]).

§. 7. Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, judicio fiduciae debitorem habet obnoxium [64]).

Auch darin ſtimmte nach Paulus die fiducia mit dem Pignus überein, daß wenn ein pactum ne vendere liceat dem Vertrag

61) Dafür darf übrigens Paul. V. 26. §. 4. nicht angeführt werden; denn in dem Satz Fiduciam vel pignus apud se deposita persequi et sine auctoritate judicis vindicare non prohibetur heißt vindicre ſoviel als occupare vel apprehendere d. h. ſich der Sache bemächtigen.

62) Dies beweiſen auch Paulus I. 9. §. 8.: Minor adversus distractiones pignorum et fiduciarum quas pater obligaverat, si non ita ut oportet a creditore distractae sunt, restitui in integrum potest ferner die consultatio l. §. 6.

63) Daſſelbe galt beim Pignus c. 2. C. 8. 25.

64) Ebenſo beim Pignus fr. 8. pr. fr 35. D. 13. 7.

beigefügt war, die übliche feierliche Denunciatio vorgenommen werden mußte.

§. 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei solenniter potest et distrahere, nec enim ex tali conventione fiduciae actio nasci potest.

Daß dieſe solennis denunciatio in einer dreimaligen Aufforderung an den Schuldner, das Pfand einzulöſen, beſtand, ſagt zwar Paulus nicht, wie Ulpian in fr. 4. D. 13. 7. beim pignus berichtet. Daß es dem aber ſo geweſen, läßt ſich aus der Analogie und der weſtgothiſchen Interpretatio, die es ausdrücklich bemerkt, erſchließen [65]). Das Recht des Gläubigers, das Pfand zu veräußern, war demnach ebenſo eine natürliche Folge der fiducia, wie des pignus, und konnte durch das pactum ne vendere liceat zwar erſchwert, aber nicht aufgehoben werden. Eine Verpflichtung dazu war nicht vorhanden, allein ſo lange der Gläubiger nicht und zwar nicht gehörig veräußert hatte, ſtand dem Schuldner das Einlöſungsrecht in beiden Fällen zu und zwar bei der fiducia auch, wenn die Veräußerung nur eine ſimulirte war, d. h. wenn der Gläubiger das Pfand durch eine unterſchobene Perſon ſich ſelbſt verkauft hatte.

§. 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore componaverat emtio non videtur et ideoque quandoque cui potest; ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest [66]).

Das an ſich ſelbſt Kaufen der Sache iſt noch weniger möglich bei der fiducia als beim pignus, denn dort hindert ſie ſchon der Grundſatz: suae rei emtio fieri non potest [67]).

65) Es heißt hier: Si conveniat inter creditorem et debitorem, ut pignus a creditore non vendatur, non solvente debitore post trinam conventionem vendere potest.

66) Uebereinſtimmend damit iſt c. 10. C. 8. 28.

67) fr. 16 pr. D. 18. 1. fr. 45. pr. D. 50. 17. c. 4. C. 4. 38. Das bloße pignus konnte der Schuldner vom Gläubiger nicht kaufen. fr. 40. pr. D. 13. 7.

Ja nach §. 3. kann der Schuldner ſelbſt dem Gläubiger die fiducia nicht verkaufen, ſondern nur einem Dritten, welchem er dann die durch den erhaltenen Kaufpreis eingelöſte Sache tradirt.

Debitor creditori fiduciam vendere non potest, sed alii, si velit vendere potest, ita ut ex pretio ejusdem pecuniam offerat creditori et ita remancipatam sibi rem praestet.

Dieſe Verſchiedenheit zwiſchen der fiducia und dem pignus erklärt ſich aus demſelben Grundſatz, denn dem formellen Rechte nach iſt der Gläubiger Eigenthümer des Pfandes, kann es alſo nicht käuflich erwerben.

Aus dieſem gemiſchten Character des fiduciariſchen Pfandrechts fließt noch die Wirkung der fiducia, welche Paulus in §. 6. anführt, wo er ſagt: Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit [68].

Der Gläubiger iſt nämlich a) Eigenthümer der fiduciariſch verpfändeten Sache, kann ſie alſo per legatum jedem hinterlaſſen. b) Aus dem Contractus fiduciae iſt er aber Schuldner, er kann auf die Herausgabe der Sache (oder auf Schadenerſatz) mit der actio fiduciae directa belangt werden. Dieſe Verpflichtung haftet auf der Erbſchaft, wie jede andere, und in Folge des Grundſatzes nomina inter heredes ipso jure sunt divisa, können alle Erben mit jener Klage belangt werden, es iſt ganz

68) Wer ſeine ancillae vermacht, begreift darunter nicht: quae fiduciae datae sunt. Paulus III. 6. §. 69. (de legatis). Die Stelle redet nach Schulting vom Schuldner, der die Mägde zum Pfand gab, und nicht vom Gläubiger, der ſie erhielt. Als ancillae suae des Letztern müßten dieſe im Legat begriffen ſeyn. Jedoch ſagt auch Paulus in fr. §. 16. Ebend.: Rem legatam si testator postea pignori vel fiduciae, dederit ex eo voluntatem mutasse non videtur. Womit zu vergleichen c. 3. C. 6. 37. Hier ſtand vielleicht einſt fiduciae. S. ferner §. 12. J. 2. 20. Wir übergehen den §. 8 u. 9 bei Paulus II. 13., weil ſie nicht ausdrücklich von der fiducia reden.

gleichgültig, ob einer derſelben oder ob gar ein Dritter Eigenthümer der Fiducia iſt [69]).

Es mußte öfter vorkommen, daß nach geſchehener Zahlung die Vornahme der remancipatio fiduciae unterblieb, entweder weil der Schuldner die Sache ſchon beſaß, oder weil man ſich mit einer bloßen Rückgabe derſelben begnügte. Für dieſen Fall war die usureceptio, welche wir erſt aus Gaius kennen lernten, durch Gewohnheit practiſch geworden [70]), der Schuldner konnte, wie Gaius III. 201. ſagt, sine furto possidere et usucapere, und zwar: soluta pecunia omnimodo nach II. §. 60; d. h. der Schuldner mochte die Sache auf was immer für eine Weiſe erhalten haben. Und ſelbſt wenn die Schuld noch nicht bezahlt war, trat die usureceptio ein; wenn der Gläubiger die Sache dem Schuldner weder vermiethet (oder verpachtet) noch precario überlaſſen hatte. Der während der Uſucapionszeit dem Schuldner geſtattete Beſitz wurde alſo für eine ſtillſchweigende Entſagung des Gläubigers auf ſein Pfandrecht angeſehen.

Zur Erleichterung des Leſens ſetzen wir die Stellen des Gaius II. §. 59 und 60. hierher.

§. 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit, nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in jure cesserit si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet et si soli sit, quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia ed quod aliquando habuimus,

69) Was die Erben des Schuldners betrifft, ſo kommt in der Consultatio n. VI. angeblich aus Paulus rec. sent. tit. de empto folgende Stelle vor: Heredibus debitoris adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eas transmissa sit. Sie iſt eingetragen im Paulus dem Weſtgoth. als §. 12. Cujacius und Schulting geben p. 296 keine befriedigende Erklärung dieſer Stelle. Zachariä p. 28, 29 geſteht offen, daß die Stelle nach den bis jetzt bekannten Grundſätzen des Röm. Rechts nicht wohl zu erklären ſey.

70) Das frei gewordene bloße pignus konnte ſogleich vindicirt werden. fr. 6. pr. D. 20. 6.

recipimus per usucapionem. — §. 60. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent: siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio, si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

Es ergibt ſich aus der verſuchten Darſtellung [71]) der Rechtsgrundſätze über die Fiducia bei Verpfändungen, daß wenigſtens zur Zeit der claſſiſchen Juriſten der Gläubiger dem Schuldner gegenüber dieſelben Verpflichtungen hatte, wie beim pignus, daß alſo die actio fiduciae directa gerade wie die actio pignoratitia in zwei Hauptfällen [72]) ſtatt fand.

1) Wenn die Schuld getilgt und das Pfand nicht zurückgegeben war;
2) wenn das Pfand veräußert und der Ueberſchuß nicht herausbezahlt war.

Hieraus folgt dann weiter, daß mit dem fiduciariſchen

---

71) Man kann mit derſelben die vergleichen, welche vorkommen bei v. Muſchenbroeck c. 4. Conradi de contractu fiduciae Ex I. §. 16 folg. (v. Savigny vom Beſitz §. 24. p. 337. Staas, Diss. inaug. de contractu Fiduciae Leodii 1824. (Sie iſt von einem Zuhörer des Verfaſſers nach dem ihm mitgetheilten Plane geſchrieben.) Zachariae Dissert, de Fiducia Goettingae 1830. Sintenis Lehrbuch des Pfandrechts §. 26. Schilling Lehrbuch der Inſtitutionen §. 209. v. Tigerſtröm Geſchichte des Röm. Rechts §. 209. Daß Sintenis mit Unrecht die fiducia auf die res mancipi beſchränkt, hat ſchon Schilling bemerkt. Savigny, der auch derſelben Meinung war, hat in einem Zuſatz zur 4ten Ausgabe ſie zurückgenommen. Unter den Neueren gibt die ausführlichſte und gelungenſte Darſtellung Zachariae de Fiducia p. 18—25.

72) Außerdem hatten Klagen noch ſtatt wegen dolus und culpa des Gläubigers, rückſichtlich der verpfändeten Sache. Collatio X. 2. Sic enim et in fiduciae judicio et dolus et culpa deducitur.

Pfandrecht die Lex commissoria nicht nothwendig verbunden war. Cujacius und andere ältere Rechtsgelehrten definirten demnach die Fiducia unrichtig, wenn ſie ſagten: eam esse pignus, quod creditori mancipabatur aut in jure cedebatur, ea lege, ut soluta ad diem pecunia remanciparatur: non soluta pleno jure creditori committeretur (oder remaneret).

Der letzte Beiſatz iſt verwerflich, er wird nicht nur durch keine Stelle der Alten bewieſen, ſondern durch alle die Stellen widerlegt, welche distractis fiduciis die actio in superfluum geben. Z. B. Paul II. 13. 1. Der allerdings ſonderbare Umſtand, daß beim Paulus der Weſtgothen der Titel von der Fiducia die Rubrik de Lege commissoria führte, darf nicht für einen Beweis jener irrigen Behauptung angeführt werden. Einmal beweiſt ja ſchon der Inhalt dieſes Titels, daß die Fiducia eben ſo wenig an und für ſich eine Lex commissoria enthielt, wie das pignus [73]). Dann darf man mit Schulting und anderen älteren Rechtshiſtorikern annehmen, daß die ungeeignete Ueberſchrift nicht von Paulus ſelbſt, ſondern von dem weſtgothiſchen Compilator herrührt. Die Receptae sententiae ſind bekanntlich nach der in ſo vielen Werken der Alten befolgten und in den Pandecten wiederholten Ordnung geſchrieben, auf den Titel XII. im B. II. (De deposito) folgte gewiß der de pignore et de fiducia, — etwas weiter entweder vor oder nach dem Tit. 17. de emto et vendito mochte der de Lege commissoriae ſtehen, wenn anders ein ſolcher in dem kurzen Werke vorkam. Der Compilator, der entweder ſelbſt die Fiducia mit der Lex commissoria verwechſelte oder zwiſchen bei-

73) Es iſt daher nicht zu entſchuldigen, wenn Schweppe, Geſchichte des Röm. Rechts §. 286 ſagt, war die Einlöſung (bei der fiducia) wie faſt immer geſchah, auf eine beſtimmte Zeit geſtellt, ſo liegt darin die Lex commissoria; daher bei Paulus (II. 13.) die Lehre von der Fiducia die Ueberſchrift de Lege commissoria führt. — Vollends unbegreiflich iſt es, wenn er weiter ſagt: verkaufte der Gläubiger, ſo handelte er als Eigenthümer und gab wohl keinen Ueberſchuß heraus!! Wo ſind hiefür die Beweiſe?

den keinen weſentlichen Unterſchied ſah, verſetzte nach aller Wahrſcheinlichkeit die letzte Rubrik und gab ſo Veranlaßung zu der Verwirrung der Begriffe, welcher eine ſtrenge Unterſuchung der Sache, die übrigens Gothofredus ſchon vornahm, ein Ende machen mußte.

Die Fiduciae commissae bei Cicero dürfen eben ſo wenig wie die hypothecae commissae als eine Beſtärkung der (irrigen) hier bekämpften Anſicht angeführt werden, denn ſie laſſen ſich, und zwar auf eine doppelte Weiſe erklären. Es ſagt entweder damit Cicero nichts anders, als: die Pfänder ſeyen verfallen, d. h. es habe jetzt der Gläubiger das Recht, ſich durch dieſelben bezahlt zu machen [74]). Er durfte hiezu diejenigen Maßregeln nehmen, wozu das damals bei den Römern geltende Hypothekenſyſtem ihn ermächtigte. Worin dieſe beſtanden, läßt ſich mit Gewißheit nicht angeben, allein da Cicero ebenſo von hypothecis commissis, wie von einer Fiducia commissa ſpricht, ſo iſt es erlaubt anzunehmen, daß kein weſentlicher Unterſchied in dieſer Hinſicht zwiſchen dieſen zwei Verpfändungsarten beſtanden habe. Sollte die Distractio pignorum et fiduciarum — noch nicht, wie zur Zeit des Paulus, gemeines Recht geweſen ſeyn, ſo war allerdings eine Lex commissoria tacita mit der fiducia, jedoch auch mit der hypotheca verbunden. Der definitive Eigenthumserwerb der verpfändeten Sache durch den Gläubiger war aber dann nicht eine Folge der Fiducia, d. h. der bei dieſer Verpfändungsweiſe vorkommenden mancipatio oder in jure cessio, ſondern des geltenden Hypothekenſyſtems, nach welchem die Pfandgläubiger zur Zeit Cicero's noch nicht zur Distractio verpflichtet waren, wenn ſie befriedigt ſeyn wollten.

Sollte jedoch damals ſchon das in der folgenden Periode übliche Recht gegolten haben [75]), und wollte man die Ausdrücke

74) So erklärten die Stellen Rävardus und D. Retes nach Zachariä p. 24.

75) Dieß nehmen Schweppe und Sintenis nicht an. Sie glauben, das Pignus und die Fiducia ſeyen, was die Distractio

fiduciae und hypothecae commissae ganz wörtlich in dem Sinne nehmen: es spreche Cicero von Pfändern, deren Eigenthum dem Gläubiger für immer verfallen gewesen wäre, so wird dadurch die von uns bekämpfte Ansicht, jede Fiducia habe nothwendig eine Lex commissoria enthalten, noch nicht bewiesen, sondern blos die Thatsache, daß in den beiden von ihm angeführten Fällen also mit der hypothesis [76]) ebenso wie mit der fiducia eine commissorische Clausel verbunden war. Denn warum sollte dies nicht möglich gewesen seyn? [77]) Diese Clauseln waren häufig bei Verpfändungen, und die eigenthümliche Form der Fiducia schloß die Hinzufügung derselben nicht aus, weshalb wir die oben angeführte Formel des fiduciarischen Contracts, ob wir gleich sie als die allgemeine, regelmäßige und immer vorkommende verworfen haben, doch in einzelnen Fällen für möglich halten, nämlich da, wo die Absicht der Contrahenten wirklich die war, es solle, wenn der Schuldner zur gehörigen Zeit nicht zahlte, das fiduciarische Pfand für immer dem Gläubiger verbleiben, also die Verpflichtung desselben, die Sache zu veräußern und den Ueberschuß herauszugeben, gar nicht statt finden. Eines neuen Kaufes der Sache bedurfte es von Seiten des Gläubigers dann nicht, ja es war derselbe, wie schon bemerkt worden, gar nicht mehr möglich.

Ist nun die hier entwickelte Ansicht von der Natur und regelmäßigen Wirkungen der fiduciarischen Verpfändungsweise

---

betrifft, erst in der dritten Periode des R. R. sich gleichgestellt worden. Beweise hat man hiefür keine, am wenigsten für die Behauptung Schweppe's in §. 286, die Fiducia sey zur Zeit des Paulus in das Pignus übergegangen.

76) Die Stelle im cap. 21. pro Flacco läßt eine solche Annahme zu, sie sagt nämlich: Pecuniam adolescentulo grandi foenore, fiducia tamen accepta occupavisti; hanc fiduciam commissam tibi dicis, tenes hodie et possides. Diese Ansicht vertheidigt auch Zachariä p. 24.

77) Auch Jac. Gothofredus, v. Muschenbroeck und Zachariä, de Fiducia p. 23., nahmen die Möglichkeit einer solchen Verbindung an.

richtig, ſo ergibt ſich die weitere Folge, daß dieſelbe nicht durch Conſtantin im L. 3. C. de pactis pignorum aufgehoben worden iſt [78]), ſondern daß ſie erſt unter Juſtinian aus dem römiſchen Recht verſchwand, als mit der Aufhebung des nudum jus Quiritium auch die altrömiſchen Eigenthumsübertragsformen der Mancipatio und in jure Cessio aufhörten.

Daß Conſtantin durch jenes Edict die Fiducia nicht aufhob, beweiſt übrigens die Faſſung deſſelben, worin der Fiducia gewiß gedacht worden wäre, wenn ſie hätte abgeſchafft werden ſollen [79]). Es beweiſen dies ferner die Weſtgothen, welche einerſeits in Paulus receptae sententiae ſo viele Stellen ſtehen ließen, die von der Fiducia ſprechen; andrerſeits im Codex Theodosianus die constitutio de lege commissoria rescindenda aufs neue ſanctionirten. Es beweiſen dies endlich mehrere geſchichtliche Zeugniſſe des fünften und ſechſten Jahrhunderts, welche von dem fiduciariſchen Pfandrechte, als einem noch geltenden ſprechen [80]). Endlich redet Iſidorus im ſiebenten Jahrhundert von der Fiducia, als von einem noch vorkommenden Rechte.

---

78) Conradi Exercit. II. §. 27., Zachariä p. 33.

79) Daß Juſtinian nichts ausließ, beweiſt der im Codex Theodosianus enthaltene Text des Edictes.

80) Wir führen an c. 9. C. Th. 15. 14. (de infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt, vom Jahre 395, wo die Kaiſer Arcadius und Honorius ſagen: pignoris atque fiduciae obligatio perseveret (Dieſe Conſtitution iſt für die Rechtsgeſchichte von großer Wichtigkeit, indem darin ein Umriß faſt aller geltenden Rechtsgrundſätze jener Zeit gegeben iſt). Ferner nennen wir den heil. Ambroſius (de Tobia c. 12.) und Sidonius Apolinaris Lib. 4. c. 24., welche die Fiducia als geltendes Recht aufführen. Jener ſagt: hypothecas flagitat, pignus usurpat, fiduciam vocat; dieſer Pecuniam mutuam postulavit impetravitque, nihil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans vel obligans praediorum. Thomasius de usu practico II. §. 22. glaubte durch die Conſtitution 9. C. Th. 15. 14. ſey die L. C. de pact. pign. eine Zeit lang aufgehoben geweſen!!!

Ja es kommen die Fiducia als Pfänder und das infiduciare noch in dem Longobardiſchen Recht vor, z. B. im

Edictum Rotharis n. CLXXIV. am E. bei Walter, Tom. I. p. 707. Ebend. S. 772 [81]). Leges Luitprandi n. LVIII.

Am Schluſſe dieſer Erörterung iſt es uns nun möglich, die höchſt ſonderbare, freilich ſchon lang widerlegte Anſicht des Ant. Faber über die Lex commissoria und ihr Verhältniß zur Fiducia mitzutheilen. Da auf dieſelben bei den früheren Schriftſtellern und auch in dieſer Abhandlung öfter angeſpielt wird, ſo darf eine freilich nur kurze Angabe derſelben nicht übergangen werden.

Dieſer, überhaupt paradoxen Meinungen ſehr geneigte, Juriſt glaubte, (de Erroribus Pragmat. D. 21. 1. nro. 6. 7.) die Lex commis. ſey blos bei der Fiducia möglich geweſen, und habe die Wirkung gehabt, daß nach getilgter Schuld der Gläubiger die verpfändete Sache habe zurück mancipiren müſſen. „Si pecunia suo die soluta esset, faciebat pactio commissoria ut dominium pignoris debitori restitui oporteret; per contrariam mancipationem, quae sane praecipuus fiduciae effectus erat.“ Daß der Gläubiger Eigenthümer verbleibe im Nichtzahlungsfalle, dazu bedurfte es nach Faber keines pactum's; ja ein Pactum dieſer Art wäre gänzlich unmöglich geweſen; hätte daher auch nicht einmal durch einen hinzugefügten Eid gültig werden können, weil auch der Eid das Unmögliche nicht möglich machen kann, indem ja dem Gläubiger das ihm zuſtehende Eigenthum der Sache nicht hätte erworben werden können (n. 17.), zur Bewirkung des Rückfalls aber ſey eine Verabredung nöthig geweſen und dieſe habe Fiducia oder L. C. geheißen. Die L. C. war alſo nach Faber (n. 9.) ein zu Gunſten des Schuldners gemachter Vertrag [82]), der jedoch durch die ganze Verpfändungsweiſe zu wucheriſchen Umtrieben

81) Bei Lindenbrog II. 15. 3. II. 29. 2.

82) Daher ſagt er nochmals im Error. V. n. 4 „L. C. in pignoribus favorabilis est debitori, damnosa creditori.“

Veranlaßung gegeben habe und deshalb endlich von Conſtantin aufgehoben worden ſey. (n. 10—19.)

Es ſey alſo irrig mit den Auslegern, die L. Comm. zu definiren, als ein pactum ut in casum non solutae pecuniae dominium acquiretur creditori. Die Aufhebung habe die verhaßte Eigenthumsübertragung des Pfandes betroffen und ſey nur deshalb eine Aufhebung der Lex Com. genannt worden, weil bei dieſer Verpfändungsweiſe jenes dem Schuldner zwar günſtige, aber ſelten nützliche [83]) Pactum vorgekommen ſey. Von einer ſo verkehrten, auf nichts ſich ſtützenden Begriffsbeſtimmung ausgehend, will nun Faber in den folgenden Errores alle üblichen Controverſen über die L. C. entſcheiden und befindet ſich in einem beſtändigen Kampf mit allen ältern und neuern Rechtsgelehrten. Da die Stellen in den Rechtsquellen allzuklar ſeiner verſchrobenen Anſicht widerſprechen, ſo ſucht er durch die künſtlichſten Manipulationen Reſultate aus ihnen herzuleiten, die den geſunden Menſchenverſtand mit ſeiner paradoxen Anſicht verſöhnen ſollen. Mit der Widerlegung ſeines Grundbegriffs fällt ſein ganzes Gewebe zuſammen. Da es aber jener gar nicht bedarf, indem ſie durch die eigene Abſurdität ſich widerlegt, ſo darf man kühn bei der Erörterung der über die L. C. vorkommenden Fragen über die Idioſinkraſie Faber's ganz hinweggehen, und ſo die Lehre behandeln, als habe er die 21. Decade ſeiner Errores pragmaticorum gar nicht geſchrieben.

Es haben übrigens Bachovius [84]), De pign. I. 14., Leotardus und Weſtphal v. Pfandrecht, ſich die Mühe gegeben, ihn zu widerlegen.

---

83) Denn die Schuldner ſeyen ſelten die Pfänder einzulöſen, alſo von der L. C. Gebrauch zu machen, im Stande geweſen. Error. v. n. 5.

84) Es ſagt dieſer von ihm Folgendes: quam securus ille homo saeculi sui et posteritatis fuit et quam contempsit (nolim hoc stultitiae imputare) judicia lectorum, si ejus modi portenta et monstra hominis sanae mentis se persuadere putavit etc.!!

Unter den ſonderbaren Behauptungen [85]) Fabers kehrt häufig die wieder (z. B. E. II. nro. 11—13.) es ſey logiſch unmöglich, daß dem Gläubiger die Sache zu gleicher Zeit verpfändet und verkauft werde, welches nach der gewöhnlichen Anſicht von den Interpretenten irriger Weiſe behauptet werde!!! Schon Giphanius hat ihn, S. 397. c. I., hierüber zurecht gewieſen.

§. 9. Vom Grunde des Verbots der Lex commissoriae.

Man möchte es vielleicht für überflüſſig halten, daß wir noch fragen, welche Gründe den Kaiſer Conſtantin bewogen haben können, den commiſſoriſchen Vertrag bei Verpfändungen für ungültig zu erklären. Wir mußten dieſelben ſchon berühren, als wir den Begriff dieſes Vertrages beſtimmten. Auch ſcheinen die Gründe des Verbots ſo begreiflich, daß ein Hinblick auf den Zweck dieſes Vertrages genügt, um ſie zu finden. Es haben indeſſen ſchon die erſten Ausleger des römiſchen und canoniſchen Rechts darnach gefragt, und ſich auf verſchiedene Weiſe darüber ausgeſprochen. Wir dürfen nicht verſchweigen, daß eine große Anzahl Rechtsgelehrter ganz andere Gründe annehmen, als die, welche Conſtantin wirklich beſtimmt haben, ſein Verbot zu erlaſſen. Ihre Anſichten ſind nicht ohne Einfluß geweſen auf die Löſung mehrerer Fragen, wozu das Verbot Veranlaſſung gibt.

Placentin, Azo und die Gloſſe geben keine Gründe des Verbots an, die letzte bemerkt über den Titel de Pactis pignorum, es müſſe den Schuldnern erlaubt ſeyn, Nebenverträge bei Verpfändungen zu machen, wenn dieſe auch oft hart und

---

85) Obstat ratio, ut ejusdem conventionis potestate - creditor pigneratitius quatenus pigneratitius creditor simul et semel fiat emtor sive pure sive sub conditione!! Mit dieſem ſeinem Axiom iſt Faber in offenem Widerſpruch im Error. III. nro. 5., wo er einen bedingten Verkauf dieſer Art für gültig erklärt.

drückend für ſie ſeyen, und zwar propter publicam utilitatem, quoniam eveniret sapissime, ut creditores mutua denegarent [86]). Odofredus ſpricht ſich aber auf folgende Weiſe über den Grund des Verbotes aus: quoniam hoc modo nullus creditor vellet pignus accipere, nisi fieret istud pactum, et hoc est contra bonos mores, nam per hoc creditores invitarentur ad malum [87]). Dieſe Anſicht, es ſey der commiſſoriſche Vertrag verboten worden, weil er contra bonos mores ſey, findet ſich bald bei mehreren Auslegern und Practikern, und wurde im ſiebenzehnten Jahrhundert dahin ausgedrückt, es ſey wenigſtens in gewiſſen Fällen unſere L. C. dem Naturrecht entgegen. Sehr ausführlich erklärt ſich Peter von Belle-Perche über die Ratio legis. Er dramatiſirt ſo zu ſagen ſeine Darſtellung auf folgende Weiſe:

Ante legem istam regnabat avaritia et asperitas creditorum, et ipsi maxime afficiebant homines indigentes.

Veniebat pauper homo ad foeneratorem et dicebat: Domine! juvetis mihi decem! Dicit foenerator: Ego mutuabo tibi, si tu das mihi pignora pro illis, — et quando redimes tua? Dicit debitor: ego redimam ad biennium! Dicit creditor: et tu convenies, quod ubi non redimes, pignora illa die ut sint mea. — Et sic contingebat, quod debitor non poterat habere pecuniam (scilicet illa die) et sic debitor amittebat rem suam.

Dicit imperator: Nos videntes istam asperitatem crescere et multas inde contingere captiones [88]), nos infirmamus hujus modi conventionem. unde tale pactum non valet. Sic ergo inter alias exceptiones et deceptiones haec erat major deceptio scilicet per pactum legis commissoriae.

86) Glossa ad fr. 16. §. ult. D. 20. 1. c. ult. C. 8. 35. fr. 4. D. 13. 7.

87) Ad l. ult. C. h. t Spätere Interpreten z. B. Cynus und Albericus u. a. führen die Anſicht Odofredus häufig als eine ihm eigenthümlich angehörende an.

88) So iſt zu leſen, und nicht cautiones, wie in der von uns verglichenen Ausgabe der Werke des Verf. ſteht.

Auch Cynus ſagt: Juxta hoc quaeritur: quare pactum legis commissoriae sit prohibitum? Respondeo: ratio prohibitionis fuit, quia debitor omne pactum iniret cum creditore, ut habeat pecuniam et ideo cum non satisfaceret postea, perderet dominium quodammodo sine consensu.[89]) —

Alberius fragt gleichfalls: Sed quae est ratio, quod pactum L. C. est in pignore reprobatum et in aliis concessum? Dicet Pe.[90]) quod debitor indigens omne pactum faceret creditori et ita de facili perderet pignus.

Paulus Caſtrenſis, der in ſeinen Conſilien (Cons. 144) einen Fall der L. C. behandelt, ſagt, dieſelbe ſey verboten, damit die Schuldner nicht Sclaven (servi) ihrer Gläubiger würden, — quod esset, nisi debitor haberet facultatem solvendi — creditor sine justa causa recusaret accipere — quod tollerari non debet. Ne igitur det materiam committendi tantum dolum, debet conventio esse nulla.

Wegen der Härte des Vertrages erklären viele ihn für ein Vinculum iniquitatis, welches in keinem Falle wirkſam ſeyn könne.

Die Canoniſten nehmen einen anderen, ihnen freilich ſehr nahe liegenden Grund des Verbotes an. Die L. C. erſchien ihnen als ein Wuchergeſchäft, welches ſchon dem göttlichen Rechte zuwider ſey, indem es den Zweck habe, dem Gläubiger mehr Geld zu verſchaffen, als der Schuldner von ihm erhalten habe. Schon Hoſtienſis und Joannes Andreä ſprechen ſich in dieſem Sinne aus, ſo wie die meiſten ſpäteren Canoniſten und bald die meiſten Conſiliatoren und Practiker. Ja bis ins neunzehnte Jahrhundert hat ſich dieſe Anſicht erhalten. Sie hat beſonders auf die Behandlung der Frage einen entſcheidenden Einfluß gehabt: ob der Eid den commiſſoriſchen Vertrag gültig machen könne?

---

89) Die Gründe v. Odofredus und Cynus werden gebilligt und erläutert v. Bertrandus. Vol. III. P. I. c. 178. n. 2. 3.

90) Pe! d. h. Petrus, wohl P. v. Belleperche.

Sie iſt ferner die Veranlaſſung, daß in allen Werken über die Usurae und die usuraria provitas von der Lex commissoria gehandelt wurde, als bei Molinäus (im Tractatus de Commerciis et usuris), bei Lupus de usuris, bei Leotardus, Gibbalinus in ihren Werken hierüber u. ſ. w.

Es haben jedoch nicht alle Rechtsgelehrte dieſe Anſicht getheilt; ſelbſt einige Canoniſten nehmen ſie nicht an. Du Molin ſagt — N. 369 in Lege Commissoria formalem usuram non esse, sed in fraudem usurarum evenire posse. Ebenſo ſagt Mudäus p. 302. es ſey kein wahrer Zinswucher vorhanden: quia hic non est debitum successivum pro rata temporis et sortis.

Reguſantius (n. 2.) führt zwei Gründe des Verbotes an: 1. Quia ex hac lege commissoria resultat deceptio, quia pignus magis frequenter solet pignorari pro multo minori quantitate, quam valeat. 2. Quia tale pactum faveret usuram, cum tendat ad effectum, ut creditor aliquid ultra sortem consequatur.

Auch Giphanius, ſagt Conſtantin, habe die L. C. aufgehoben: quoniam ultra modum foeneratores ea contracta foenus obtinerent.

Donellus bemerkt: Haec autem lex ideo in pignoribus infirmata est, ut captionibus creditorum occurreretur, ne per occasionem res debitorum pro pecunia paucilla ad se vocarent: quod facile futurum erat si haec lex reciperetur. Nam creditores cupiditate ducti rei acquirendo semper hanc legem ad-

---

91) Die L. C. kömmt in den Verſen bei Hostiensis vor, worin die verſchiedenen Wuchergeſchäfte angegeben werden. Sie lauten wie folgt:

Feuda, fidejussor pro dote, stipendia cleri,
Venditio fructus, cui velle scire nocere
Vendens sub dubio, pretium post tempora solvens,
Poena nec in fraudem, lex commissoria, gratis
Daus socii pompa: plus sorte modis datur istis.

92) De pignoribus et hypothecis c. 11.

jicerent; debitores autem pecunia accipienda necessitate distracti, neque hanc, neque aliam quamlibet legem recusarent, ut pecuniam, qua indigent, accipiant, dum sperant, se pignus posse inter praestitum tempus luere.

In ſeinem Commentar zur l. ult. C. 8. 35. macht derſelbe zuerſt einige Einwürfe gegen das Verbot Conſtantins, ſagt aber dann, es ſey deshalb erfolgt, weil die L. C. contra bonos mores wäre: est autem contra bonos mores, quia non consentimus u. ſ. w., weil, wenn ſie erlaubt wäre, die Gläubiger nur unter der Bedingung der L. C. Geld gaben, die bedrängten Schuldner aber aus Noth ſie ſich immer gefallen laſſen würden. Der Cardinal Mantica IX. 9. 3. 4. führt die zwei Gründe an: 1) weil, wenn die L. C. gelte, der Schuldner nur durch Zwang, d. h. durch die Noth bewogen, dieſelbe eingehen würde; 2) weil ſie ein Wuchergeſchäft ſey. Etwas unklar ſpricht ſich Bachovius (de pig. I. 15. n. 6. 7.) über den Grund des Verbotes aus. Er tadelt Albericus, daß er ſage, die L. C. ſey contra bonos mores, ſpielt auf die von den älteren Legiſten behauptete Usuraria pravitas an, wiederholt die Meinung des Odofredus und widerlegt den Einwand, der Schuldner, der sub lege Commissoria verpfände und die Sache zur gehörigen Zeit nicht einlöſe, habe den Schaden der eigenen Schuld zuzuſchreiben.

Der ſonſt ſtreng katholiſche Zoeſius (ad Cod. VIII. 35. quaest. 3.) ſucht zu zeigen, die L. C. enthalte keinen Zinswucher, und könnte alſo aus dieſem Grunde auch nicht einmal nach dem canoniſchen Rechte für verboten gehalten werden [93].

Merlino n. 7. und 8. führt an 1) da das Pfand in der Regel viel mehr werth ſey, als der Ertrag der Schuld, ſo würde, wenn der commiſſoriſche Vertrag gelte, der Schuldner durch den Gläubiger betrogen; 2) es würde kein Gläubiger anders, als sub pacto Commissorio leihen, folglich das Ver-

93) Hierüber tadelt ihn ſein Herausgeber Naurath in der Note a. S. die Cölner Ausgabe v. 1660 S. 737.

brechen des Zinswuchers, alſo eine ſeinem Seelenheil nachtheilige Sünde begehen.

Menken th. X. indem er nach der causa efficiens des Verbotes der L. C. forſcht, frägt ſchon: ob dieſelbe nach dem Naturrecht ungültig ſey? Dies bejaht er auf den Fall, wo der Gläubiger mehr erhalte, als ihm gebühre. Was die Gründe betrifft, die Conſtantin bewogen hätten, dieſen Vertrag zu entkräften, ſo findet er ſie in der c. 3. C. 8. 35., welche von captiones und der crescens asperitas L. C. ſpreche (Nr. 13). — Dann führt er das Verbot der R. P. O. v. 1577 an, worin dieſer Vertrag als ein gewöhnliches Wuchergeſchäft der Juden aufgeführt wird.

Die deutſchen Rechtsgelehrten des 17ten und 18ten Jahrhunderts ſetzen größtentheils den Grund des Verbotes in die Usuraria pravitas, wie Stryck [94]), Carpzov, Defin. For. P. II. c. 30. Art. 43., und zuletzt noch Hofacker (Principia juris civilis §. 1203. [95])

Anders denkt Leyſer, welcher das conſtantiniſche Verbot nicht zu den eigentlichen Wuchergeſetzen rechnet. [96])

Von Puffendorf bis Riccius wurde lebhaft in Deutſchland geſtritten: ob die commiſſoriſche Verpfändung ſchon nach dem Naturrecht verboten ſey? Puffendorf ſprach ſich darüber aus, wie der angeführte Menken [97]); Gundling, Wernher, Leyſer und Riccius vertheigten die abſolute Gültigkeit derſelben nach dem Naturrecht. [98])

---

94) Ad Pand. l. XIII tit. 7. n. 9.

95) Er ſagt ganz kurz: Ejus modi pactum cum usurarium pravitatem continet, jure romano et canonico prohibitum est.

96) Medit. Spec. 158. n. III.

97) S. f. Hahn zu Weſenbeck lib. XX. tit. I. a. E. Ausgabe von 1706 zu Frankfurt. S. 556. Puffendorf j. n. et G. V. 10. §. 14. Unabhängig hievon erklären die L. C. gegen das Naturrecht, wenn ſie Wucher enthalte, der Card. Lugo de Inst. et jure Disp. 25. n. 177. u. Molina Disp. 324.

98) Gundling Jus Nat. et Gent. C. XXIII. n. 278. Wernher, Elem. jur. nat. C. XV. §. 29. Leyſer a. a. O. n. 8. Riccius, Problema §. II. III.

So viel von den Anſichten der Rechtsgelehrten über den Grund des Verbotes der commiſſoriſchen Verpfändungen. Sie laſſen ſich auf vier Hauptmeinungen zurückführen.

Nach der einen iſt jener Vertrag ſchon in ſich ungültig, weil er ein Vinculum iniquitatis [99]) enthält, oder einen Zwang oder Betrug des Gläubigers gegen den Schuldner und deshalb contra bonos mores iſt.

Nach der andern, welche wir die chriſtliche Anſicht nennen möchten, iſt der Vertrag in ſich ſelbſt unerlaubt, weil er ein Wuchergeſchäft enthält und den Gläubiger veranlaßt, eine ſchwere Sünde zu begehen, alſo ſein Seelenheil auf das Spiel zu ſetzen.

Nach einer dritten Meinung iſt der Vertrag nur in einem Falle an und für ſich unerlaubt, d. h. dem Naturrechte nach verboten, wenn er die Wirkung hat, den Gläubiger auf Koſten des Schuldners unbilliger Weiſe zu bezeichnen.

Eine vierte Anſicht iſt die: der commiſſoriſche Vertrag bei Verpfändungen ſey an und für ſich immer erlaubt und deshalb nur ungültig, weil ein poſitives Geſetz ihn verbiete. Dies zu thun, ſeyen allerdings Gründe vorhanden, nämlich die, arme Unglückliche gegen die Habſucht und Härte unerbittlicher Reichen zu ſchützen und dem Wucher Einhalt zu thun. [100])

Bei der hier angeſtellten Unterſuchung der Frage über den Grund des Verbotes der L. C. durch Conſtantin muß man, um ſie richtig zu löſen, ſich auf den hiſtoriſchen Standpunkt ſtellen. Dann drängt ſich zuerſt die Frage auf: ob nicht Conſtantin, der erſte chriſtliche Kaiſer, durch die chriſtlichkirchlichen Anſichten über den Zinswucher beſtimmt worden ſeyn möchte, ſein Edict v. J. 320 oder 326 zu erlaſſen? Unmöglich wäre

---

99) So Hunnius, Harpprecht, Reiffenſtül zu tit. 21. X. 5. 21. und andere.

100) Daß auch dieſe Gründe beſtritten worden ſind, wird am Ende dieſes Paragraphen näher angegeben werden.

dies nicht, denn die Chriſten befolgten früh ſchon den Grundſatz, den ſie im alten Teſtamente fanden: der Chriſt müſſe ſeinem Bruder vor Gott aus Liebe helfen und dieſe Hülfe ſich nicht bezahlen laſſen. Sagt doch der Evangeliſt Lucas VI. 35: Benefacite et mutuum date, nil inde sperantes!

Im Concilium zu Nicäa wurde im J. 325 den Chriſten förmlich verboten, Geld auf Zinſen auszuleihen [101]). Bald ſprachen auch die Kirchenväter wie Hieronimus, Auguſtinus u. a. gegen das Zinſennehmen ſich aus. Es hätte alſo wohl geſchehen können, daß er in ſeinem erſten chriſtlichen Eifer in dieſem Geiſte Geſetze erlaſſen hätte. Allein die Quellen des römiſchen Rechts enthalten Beweiſe des Gegentheils. Denn in demſelben Jahre 325 erklärte Conſtantin die usurae centesimae, alſo 12 Procent Zinſen noch für erlaubt und rechtmäßig [102]). Iſt die c. 3. C. 8. 35. v. J. 320, ſo billigt er alſo noch 5 Jahre ſpäter das alte Recht. Gehört ſie in das J. 326, ſo iſt nicht anzunehmen, daß er 1 Jahr nach dem Erlaß der c. 1. C. Th. 2. 33. über das Zinſennehmen anderer Anſicht war, denn ſonſt hätte er ein Geſetz in dieſem Sinne erlaſſen. Er war alſo bei der Abfaſſung der c. 3. C. 8. 35. von den chriſtlich-kirchlichen Ideen nicht geleitet. Es läßt ſich ſogar aus der Faſſung des Edictes darthun, daß er die L. C. nicht deshalb verbot, weil die Gläubiger durch dieſelbe einen größeren Gewinn ziehen konnten, als die Geſetze ihnen erlaubten, denn ſonſt würde er das Verbot nicht ſo allgemein gefaßt, ſondern dieſen Vertrag nur für den Fall für ungültig erklärt haben, wo der Gläubiger durch ihn, wie durch die Stipulirung einer allzuhohen Conventionalſtrafe mehr beziehen ſollte, als der Zinsfuß erlaubte. Noch viel weniger beabſichtigte der Kaiſer die Einführung des chriſtlichen Grundſatzes, wornach alles Zinſennehmen verboten wird. Dem Zinswucher ſollte alſo durch die l. ult. C. 8. 36. nicht vorgebeugt werden.

---

101) Dies führt ſchon Contius an. Lectiones. lib. II. c. 2. in Opp. p. 78.

102) c. 1. C. Th. 2. 33.

Dieſer Betrachtungen ungeachtet, iſt das Edict dennoch gegen die Wucherer gerichtet, hat aber offenbar keinen andern Zweck, als ihnen eine bis dahin ſehr leichte Gelegenheit zu rauben, ſich auf Koſten bedrängter Leute zu bereichern, alſo Alle diejenigen durch eine allgemeine Verfügung zu ſchützen, welche die Noth zwingt, ſich um jeden Preis Geld zu verſchaffen. Der Kaiſer ging über die Grundſätze des ältern Rechts, deſſen Anwendung er hier hätte vorſchreiben können, hinaus, und verbot für alle Fälle den für Schuldner ſo gefährlichen Vertrag. Nach dem älteren Rechte konnten dieſe im Falle einer Laesio ultra dimidium durch Diocletians Reſcript in c. 2. C. de rescind. vend. ſich helfen, d. h. wenn der Werth der verpfändeten Sache den Betrag der Schuld um das Doppelte überſtieg. Ein neues Rechtsmittel war ihnen alſo nur nöthig für die übrigen, minder ſchreienden Fälle, d. h. für alle, wo der Gläubiger durch das ihm zufallende Pfand mehr erhielt, als er zu fordern hatte. Es hätte der Kaiſer die condictio sine causa oder die condictio ob injustam (oder turpem) causam dem Schuldner einräumen können, auf ſo viel als der Gläubiger auf deſſen Koſten ſich bereichert hatte. Er würde dann dem Grundſatze nemo damno alterius completior fieri potest durch ſein Edict eine ſtärkere Kraft gegeben haben, ſo daß dieſes gegen die Exceptio pacti conventi durch eine auf jenes Edict de commissoria resciendenda ſich ſtützende replicatio geſchützt, ſeine, nicht ſchon von ſelbſt begründete Anwendung würde gefunden haben. In allen andern Fällen, in welchen die L. C. dem Schuldner keinen unbilligen Verluſt verurſacht, würde ſie dann wirkſam geblieben ſeyn. Allein ein hypothetiſches Verbot dieſer Art würde in den meiſten Fällen zu Streitigkeiten und zu ſchwierigen Unterſuchungen geführt haben. Um dieſe zu vermeiden und die Geſetzgebung zu vereinfachen, befolgte Conſtantin die alte Maxime der römiſchen Juriſten: jura constitui oportet in his quae επι το πλειστον accidunt, non quae εκ. καραλογου[103]) und verbot daher, vorausſetzend, daß ein Gläu-

103) fr. 3. D. 1. 3.

biger, der unter der Bedingung der L. C. einem Schuldner Geld leihe, nichts Gutes gegen dieſen im Schilde führe, — dieſen ſo leicht in Härte ausartenden Vertrag ganz und gar. Der Verpfänder hat nun nur die Verpfändung zu beweiſen, um die hingegebene Sache, wenn ſie noch nicht unter Beobachtung der vorgeſchriebenen geſetzlichen Formalitäten veräußert iſt, wieder einlöſen zu können. Dem Gläubiger hilft es nichts, ſich auf die L. C. zu berufen; die Anwendung des Conſtantiniſchen Edictes macht allem weiteren Verfahren ein Ende.

Dies Edict iſt demnach eine Maaßregel des Gemeinwohls, welche einen, vorzüglich der ärmeren Klaſſe, Gefahr drohenden Vertrag, für immer verbannen ſoll.

Es gehört nicht in die Klaſſe der rein dispoſitiven (oder, wie man jetzt zu ſagen pflegt [104]), ſubſidiäres Recht) enthaltenden Geſetze), ſondern unter die ſ. g. leges cogentes d. h. die Geſetze, welche die Römer unter dem Namen jus publicum zu begreifen pflegen und unter die Regel ſtellen: privatorum pactis mutari non possunt. Es führt kein Privilegium keine Rechtswohlthat zu Gunſten der Schuldner ein, ſondern enthält über die Wirkungen einer gewiſſen Verpfändungsweiſe abſolutes Verbot. Es kömmt am nächſten den SCt. Macedonianum und Vellejanum. Ein Pactum gegen das Verbot würde nach dem prätoriſchen Edicte (in f. 7. §. 7. D. 2. 14.) wirkungslos ſeyn, weil der Prätor ja nur ſagt: pacta conventa — quae neque adversus leges plebiscita Senatus consulta edicta, decreta principum — neque quo fraus cuique fiat, facta erunt, servabo.

Es läßt ſich hier ſchon eine der vielen Fragen über die Wirkungen des conſtantiniſchen Verbotes der L. C. bei Ver-

---

104) Daher ſagt Conſtantin placet infirmari cum et in posterum omnem ejus memoriam aboleri.

105) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch B. I. §. 8., neueſte Ausgabe S. 47 u. f.

pfändungen leicht entſcheiden, nemlich die: ob der Schuldner auf das aus demſelben ihm zuſtehende Recht entſagen könne?

Es hat keinen Juriſten gegeben, der eine ſolche Entſagung für gültig erklärt hätte. Schon die älteſten Interpreten fügen ihrer verneinenden Antwort die Bemerkung bei, es gehöre das conſtantiniſche Edict zu den verbietenden Geſetzen, welche in odium creditorum erlaſſen ſeyen. Es iſt aber nicht einmal nöthig, dieſen Grund für dieſelbe anzuführen. Die abſolute Faſſung des Edictes vernichtet jede Clauſel, welche zum Zweck haben könnte, der L. C. Gültigkeit zu verſchaffen, ſoll doch das Andenken dieſes captiöſen Vertrages für immer vernichtet werden. Würde man die Renunciatio für gültig erklären, ſo wäre dadurch das Verbot gänzlich aufgehoben, denn jeder Gläubiger, der ſich Sachen auf dieſe Weiſe verpfänden ließe, würde Sorge tragen, daß der Schuldner auf ſein Recht aus der l. ult. C. de p. p. verzichte [106].

Soviel von der Ratio legis nach dem römiſchen Rechte, d. h. von den Gründen, welche den Geſetzgeber zur Erlaſſung des Edictes von 326 gegen die Lex commissoria pignorum beſtimmt haben oder beſtimmt haben können. Unter der Herrſchaft der chriſtlichen Anſichten gegen die Zinſennehmer und die darauf gegründeten Verbote des römiſchen Rechts mußte das conſtantiniſche Edict im Geiſte dieſes Rechts aufgefaßt und für eine Maßregel gegen die usuraria provitas genommen werden [107]. Eine ſolche iſt nemlich nach den kirchlichen Begriffen und vielen Stellen des canoniſchen Rechts nicht blos dann vorhanden, wenn ein Gläubiger ſich förmlich Zinſen verſprechen läßt, ſondern in jedem Vertrage, der zum Zwecke hat, ihm mehr zu verſchaffen, als er gab. Man ſah beim Aufſuchen der

---

106) Von den Wirkungen einer eidlichen Verzichtung darauf wird unten §. 15. die Rede ſeyn.

107) Mantica IX. n. 15., Brunnemann n. 10., Gothofredus a Jena c. 41., Mäſtertius q. 15., Menken th. 34. Ebenſo alle Commentatoren des 13ten, 14ten und 15ten Jahrhunderts.

Wuchergeſchäfte mehr auf die Abſicht des Contrahenten, mehr auf die Sache, als auf die Form, weil ja die Wuchertreibenden längſt daran gewöhnt waren, auf verſteckte Weiſe unter den verſchiedenſten Scheinverträgen dies zu thun, um der Strenge der Geſetze zu entgehen. Aber gerade deshalb faßten die Päbſte in den Decretaten den Begriff des Wuchers ſo weit, daß die commiſſoriſche Verabredung unter denſelben fällt. Ausdrücklich ſagen ſie dies übrigens nicht, ſelbſt nicht Innocenz III. in c. 7. X. 3. 21., worin er von der L. C., als einem verbotenen Vertrage ſpricht. Dem ungeachtet darf kein Ausleger des Canoniſchen Rechts Bedenken tragen, in einer Verpfändung dieſer Art ein Wuchergeſchäft im Sinne dieſes Rechts zu ſehen.

Dieſe Auffaſſungsweiſe der L. C. iſt von practiſcher Wichtigkeit bei der Löſung der Frage, ob die eidliche Beſtätigung ſie gültig mache [108]). Daß dies auch die Meinung iſt, die L. C. ſey contra bonos mores oder ſchon nach dem Naturrechte ungültig, iſt ſchon angedeutet worden.

Auch die Reichspolizeiordnung (§. 1577), ſo wie verſchiedene (unten aufzuführende Provincialgeſetzgebungen) verbieten die L. C. als ein Wuchergeſchäft.

Daß das conſtantiniſche Edict und die auf daſſelbe ſich ſtützenden Verbote dieſes Vertrages wohlthätige und allgemein zu billigende Maßregeln ſeyen, iſt bis jetzt faſt allgemein anerkannt worden. Nur wenige wagten, die L. C. in Schutz zu nehmen, ſelbſt nicht die Rechtsgelehrten, welche die Gültigkeit derſelben nach dem Naturrechte behauptet hatten. Nur zwei deutſche Juriſten von Namen thaten dies, nämlich Thomaſius [109]) und Riccius, jener jedoch nicht in dem Grade, wie der letzte, der eine eigne Abhandlung ſchrieb, um die Auf-

---

108) Dies wird unten in §. 15. gezeigt werden.

109) S. deſſen Abhandlung de usu practico distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendento et contractum pignoris. c. II. §. 13. 16. 25. In der Sammlung ſeiner Dissertat. t. III. Diss. LXXVII.

hebung des conſtantiniſchen Verbotes zu bewirken, nämlich das oben angeführte Problema.

Riccius, der allzu feurige Freund des germaniſchen Rechtes, welcher durch deſſen Geſchichte von dem Gebrauche der L. C. während Jahrhunderten belehrt war, glaubte in dieſer ſehr gelehrten Schrift (§. 20—24), den Gedanken durchführen zu müſſen: man ſolle das conſtantiniſche Edict aufheben und das vaterländiſche Recht wieder herſtellen.

Er geht nämlich in §. 2 mit Gundling, Wernher, Leyſer (zum Theil mit Puffendorf) von dem Grundgedanken aus, der commiſſoriſche Vertrag enthalte in ſich nichts Ungerechtes, ſey dem Naturrechte nicht entgegen, welches jedem erlaube, nach Belieben über das Seinige zu verfügen, den Gläubigern aber frei ſtelle, nur unter den ihnen beliebten Bedingungen ihre Gelder auszuleihen. Es ſey den deutſchen Sitten gemäß, ſeine Schuldverbindlichkeiten durch Strafclauſeln zu verſtärken, wie ſchon aus Marculph II. 25 und 27. zu erſehen wäre. Unſere Ahnen hätten ſelbſt ihre Ehre und Bürgerrechte zu verpfänden, kein Bedenken getragen, ja ihre Freiheit eingeſetzt und oft ſich viel ſchlimmeren Nachtheilen unterworfen, als die ſind, welche durch die L. C. verurſacht werden können. (§. 22.) [110]

Die Gründe, mit welchen man Conſtantins Verbot rechtfertige, ſeyen leicht zu widerlegen, Riccius verſucht dies in §. 22. Der Grund, ſagt er, arme Leute fänden nicht anders Hülfe, als unter Eingang der L. C., ſey nicht von Bedeutung. Wären ſie wirklich als ehrliche und brave Leute (viri honesti et probi) bekannt, ſo würde ihnen die Gelegenheit, ſich Geld zu verſchaffen, nicht fehlen; ſeyen ſie es aber nicht, ſo verdienten ſie keine Rückſicht und die Gläubiger thäten wohl daran, unter den vortheilhafteſten Bedingungen Pfänder zu nehmen,

110) Riccius ſtellt hier eine Reihe ſehr intereſſanter Fälle zuſammen, in welchen deutſche Fürſten ſogar ihre ſchönſten Rechte zum Pfande ſetzten, wenn ſie Gelder aufnahmen.

um Rechtsſtreitigkeiten zu entgehen, welchen ſie ausgeſetzt ſeyen, wenn ſie die Pfänder zu veräußern im Begriffe wären. Man ſpreche häufig gegen die Gläubiger, welche durch Ausleihen von Geldern Gewinn zögen, niemand bedaure ſie aber, wenn ſie, was ſo oft geſchehe, durch treuloſe Schuldner betrogen würden. Auch, fährt er §. 23 fort, iſt heutzutage (d. h. ſchon 1733) nicht leicht ein Schuldner der Nothwendigkeit preisgegeben, nur unter der Bedingung der L. C. Gelder zu leihen. Unter unſeren gut geregelten, geſelligen Verhältniſſen reicht die gewöhnliche Verpfändungsweiſe hin. Es werden Jedem hundert Gelegenheiten zu Gebote ſtehen, unter den gewöhnlichen Bedingungen ſich zu helfen. Wer dennoch einen commiſſoriſchen Vertrag ſich gefallen ließe, habe es ſich nur ſelbſt zuzuſchreiben, wenn er durch die Verſäumniß das Pfand zu gehöriger Zeit einzulöſen, in Schaden komme. Ferner ſagt er in §. 24: der oft angeführte Grund, daß der Werth der verpfändeten Sache den Betrag der Schuld in der Regel weit überſteige, ſey nicht von Bedeutung, denn ein Schuldner werde nicht leicht eine ſehr werthvolle Sache für ein Geringes verſetzen; daß aber die Gläubiger nur auf eine Sache, deren Preis die Schuld einigermaßen überſteigt, Geld leihen, ſey eine lobenswerthe Vorſicht, weil ja die Forderungen durch das Auflaufen rückſtändiger Zinſen bedeutend erhöht werden. Ferner, bemerkt Riccius im §. 25: man pflege ja auch in andern Fällen nicht ſo ſtrenge zu ſeyn, man wiſſe ja, wie gering oft Gegenſtände in öffentlichen Verſteigerungen verkauft würden, in ſolchen erlitten die Verkäufer oft den allerempfindlichſten Verluſt, und doch tadle niemand die Käufer, die daraus Gewinn zögen.

Endlich, ſagt er §. 27, ſey der Kauf sub pacto de retrovendendo ein erlaubtes Geſchäft und ſelten treffe es ein, daß der Werth der Sache bei der Ausführung des Rückkaufs derſelbe ſey, wie bei dem Verkaufe, ſo daß alſo einer der Contrahenten auf Koſten des andern ſich bereichere. Und dennoch hielte man dies für erlaubt. Sein Schluß iſt (nachdem er noch einige Fälle harter, jedoch erlaubter Vertragsbedingungen in

§. 28—31 angeführt, auch die Behauptung Pactum commissorium nec consuetudine nec statuto approbari posse widerlegt hat —) — man könne ohne Nachtheil für das öffentliche Wohl das constantinische Gesetz wieder aufheben und jederman erlauben, Verpfändungen mit der commissorischen Clausel zu machen.

Riccius hat bei dieser Ausführung gewiß großen Scharfsinn an den Tag gelegt und kann in gewisser Rücksicht als der Vorläufer Benhams in seiner Defense of usure angesehen werden.

Denn es läßt sich allerdings vertheidigen, daß bei wohlgeregelten geselligen Verhältnissen und einem gut organisirten Hypothekensystem nicht leicht ein Geldbedürftiger der Noth ausgesetzt ist, nur unter so drückenden Bedingungen, wie die der L. C. sind, seine Habe zu verpfänden. In Ländern, wo Handel und Wandel (wie man zu sagen pflegt) blühen — werden dem Benöthigten hundert Gelegenheiten statt einer sich bieten, auf Unterpfänder Geld zu erhalten, ohne jene Uebereinkunft.

Allein von der andern Seite läßt sich doch mehr für das Verbot der L. C., als gegen dasselbe sagen. Um nicht nach allgemeinen Räsonnements zu greifen, wollen wir nur auf die täglich sich wiederholende Thatsache aufmerksam machen, daß, ob es gleich jetzt in den meisten europäischen Staaten sehr leicht ist, auf Pfänder unter den billigsten Bedingungen Gelder geliehen zu erhalten; doch überall die Leihhäuser, in welchen bekanntlich nur sub lege commissoria, jedoch nach vorhergegangener Schätzung der zum Pfand gegebenen Gegenstände geliehen wird, die allerbesten Geschäfte machen.

Gerade die ärmere Klasse ist der Gefahr am meisten ausgesetzt, und wenn die L. C. allgemein erlaubt wäre, würde diese Klasse eine leichte Beute der vielen Speculanten werden, die nur unter den allervortheilhaftesten Bedingungen ihren bedrängten Brüdern zu helfen bereit sind.

Und wie schlimm würde es nicht allen ergehen in Zeiten

des Kriegs, politiſcher Stürme, eines allgemeinen Geldmangels und des geſunkenen öffentlichen Credits oder gar einer Hungersnoth, wenn nicht ein ſo heilſames Geſetz, wie Conſtantins Edict gegen die Gewinnſucht Schutz gewährte. Die Zeit, in welcher der Kaiſer es erließ, war eine ſolche ſchwere Zeit, wie das Dieclatianiſche Edict de pretiis rerum [111]) vom Jahre 303 uns beweiſt; nicht ohne Grund ſagt er Quoniam inter alios captiones commissoriae legis *crescit* asperitas, memoriam ejus aboleri praecipimus.

Aber auch abgeſehen hievon, muß man zugeben, daß leicht jemand ſich verführen laſſen könnte, eine Verpfändung sub lege commissoria einzugehen, weil er im Augenblicke derſelben die gewiſſe Hoffnung hegt, vor dem Verfalltage das Pfand einlöſen zu können. Unvorhergeſehene Umſtände verhindern ihn daran, und nun verliert er ſeine Sache, blos weil er von ſeinen eignen Verhältniſſen eine zu günſtige Meinung hatte. Sagt doch ſchon ein alter Juriſt: plerumque homines de rebus suis plus sperant quam in iis est.

Auch der ehrlichſte Mann kann ein Opfer ſeiner guten Vorſätze werden. Wenn Riccius ſagt: nur den treuloſen Schuldnern ſchade das Geſetz, und dieſe ſeyen nicht zu begünſtigen, ſo kann man fragen: welchem Menſchen kann man ſogleich anſehen, ob er ein ehrlicher Mann ſey? Auf jeden Fall ſtellt ja ein hinreichendes Unterpfand den Gläubiger ſicher. Durch die Hinzufügung der L. C. ſpricht dieſer deutlich genug die Abſicht aus, mehr zu erhalten, als die Rückerſtattung deſſen, was man ihm ſchuldet.

Ein Geſetz, welches dieſelbe vereitelt und ihn hindert, auf Koſten eines Unglücklichen ſich ohne Grund zu bereichern, wird jeder Unbefangene für weiſe und heilſam erklären.

---

111) S. Haubold und Spangenberg, Antiquitatis romanae monumenta legalia. p. 268 und im Appendix.

§. 10. Wirkung [112]) und Umfang des conſtantiniſchen Verbotes des Verbotes der Lex commissoria.

Es haben nur wenige Ausleger l. ult. C. de pactis pign. unterſucht, welche Wirkungen das conſtantiniſche Verbot der L. C. habe? Diejenigen, die ſich jedoch hierüber ausſprachen, haben in der Regel kein Bedenken getragen, den commiſſoriſchen Vertrag bei Verpfändung in dem Sinne für nichtig zu erklären, daß ſie keinen Eigenthumsübergang der Sache an den Gläubiger nach dem Verfalltage annahmen, ſondern dieſelbe, wie jedes andere noch dem Schuldner gehörende Pfand, für einlösbar erklärten. Menken, der in ſeiner Theſis 29 dies auch ſagt, bemerkt jedoch, man hätte vielleicht einen interimiſtiſchen Eigenthumsübergang annehmen können, weil die kaiſerliche Conſtitution de rescindenda commissoria ſpreche, und nur das rescindirt werden könne, was gültig ſey; ferner könnten die Endworte der re amissa [114]) jubemus recuperare, quod dederunt, dahin ausgelegt worden: es ſolle das dem Gläubiger ſchon erworbene Eigenthum der verpfändeten Sache ihm wieder verloren ſeyn, denn man verliere nach fr. 83. D. de reg. jur. nur was man ſchon habe.

Allein er widerlegt ſelbſt dieſe Einwürfe durch die Bemerkungen, daß 1. bis zur Promulgation des Edictes die L. C. gültig geweſen ſey, und folglich den Eigenthumsübergang bewirkt habe, der Kaiſer alſo, indem er ſeinem Geſetze eine rück-

---

112) Menken th. 32. folg. P. Müller zu Struv. XX. 1. §. VII. a. E. v. Teubern. §. 13. 14.

113) Merlinus, n. 86. 87., weicht hier wenigſtens nach der Ueberſchrift von n. 87 ab, indem er ſagt: pactum legis commissoriae non est irritum ipso jure, sed solum opponente parte. In der Ausführung iſt er jedoch nicht ſehr deutlich.

114) Auch die Gloſſe nahm Anſtoß an dieſen Worten und erklärt ſie ſo: re commissa impropric, quia dominium non fuit in eos translatum.

wirkende Kraft beilegte, die ſchon abgeſchloſſenen commiſſoriſchen Verträge habe für rescindirt und das bereits erworbene Eigenthum den Gläubigern für verloren erklären müſſen [115]). 2. Der Ausdruck rescindere werde auch bei ganz nichtigen Rechtsgeſchäften gebraucht, wie die Rubrik des Pandectentitels Quae sententiae sine appellatione recinduntur beweiſe.

Wir können hierin Menken nur beiſtimmen, der auch mit Recht auf c. 5. C. de Legib. ſich beruft, welche ja feſtſetzt: Omnia quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habentur. Dies beſtätigte Conſtantins Erklärung placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Das conſtantiniſche Edict iſt alſo eine Lex perfecta im älteren Sinne des Wortes. Es bedarf daher von Seiten des Schuldners keiner Klage auf Reſciſſion der L. C.; ſo bald er den Betrag ſeiner Schuld dem Gläubiger bezahlt oder auch nur gehörig anbietet [116]), ſo ſtehen ihm Rückforderungsklagen auf die Sache zu, und zwar nicht blos die actio pignoratitia directa, ſondern auch die rei vin-

---

115) Durch die Stelle: Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet, legt der Kaiſer ſeinem Edict eine rückwirkende Kraft in ſo weit bei, daß er die L. C. 1. bei Verpfändungen, wo der Verfalltag noch nicht eingetreten war, 2. bei ſolchen, wo derſelbe ſchon vorüber war, gleichmäßig für nichtig erklärte. Verſchiedene Schriftſteller über unſern Gegenſtand haben die weitere Frage unterſucht, wie weit der letzte Theil der Verfügung auszudehnen ſey? Menken, th. 22., beſchränkt die Ausdehnung auf folgende Weiſe: Non tamen hoc ad negotia per rem judicatam, transactionem vel simili modo finita applicandum est, ea enim lex de praeteritis etiam disponens, neutiquam irrita facere voluisse praesumitur. Dies beſtätigen die von ihm angeführten c. 22. §. 1. C. 1. 2. c. 1. §. 4. C. 1. 53. c. 4. C. 2. 4. Es handelt von dieſer Frage auch van Muſchenbroeck, p. 664. — Wir enthalten uns, tiefer auf dieſen Punkt einzugehen, der ja in allen Lehrbüchern des römiſchen Rechts und in vielen Monographieen vollſtändig erörtert iſt.

116) fr. 6. § 1. D 20. 6.

dicatio [117]). Jene hat er nach allgemeinen Grundſätzen auch dann, wenn der Gläubiger durch ſeine Schuld die Sache vernichtet oder beſchädigt hat, und zwar, wenn dies durch eine poſitive Handlung geſchah, in Concurrenz mit der actio legis aquilia. Denn der Umſtand, daß der Gläubiger nach dem Verfalltage jure domini über die Sache factiſch disponirte, kömmt ihm nicht zu gut. Er mußte ja wiſſen, daß er durch den commiſſoriſchen Vertrag kein Eigenthum an dem Pfande erwerben konnte. Das Einlöſungsrecht ſteht nun aber dem Schuldner gegen den commiſſoriſchen Pfandgläubiger ſo lange zu, wie in den Fällen, wo die Verpfändung ohne die L. C. abgeſchloſſen wird; es kann ihm alſo auch keine Verjährungszeit, ſelbſt wenn vom Verfalltage an ſchon dreißig Jahre verfloſſen ſeyn ſollten, entgegengeſetzt werden, denn das Recht, ſeine Schulden zu bezahlen, verjährt nie, und die Extinctivverjährung der actio pignoratitia auf Rückgabe des Pfandes läuft erſt vom Augenblick der geleiſteten Zahlung an [118]).

Zu einer Acquiſitivverjährung der Sache fehlen dem Pfandgläubiger ſowohl der Titel als der gute Glaube; es ſteht ihm überdieß die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest entgegen. Wegen der Nichtigkeit der L. C. beſitzt er immer nur als Pfandgläubiger und nicht als vermeintlicher Eigenthümer.

Ueber das hier aus den allgemeinen Grundſätzen Hergeleitete ſind auch alle Rechtsgelehrte, welche dieſe Punkte berührten, einverſtanden [119]).

---

117) Dieſe hat er auch ſonſt, kann jedoch, wenn er noch nicht bezahlt hat, mit der Exceptio doli abgewieſen werden. Jene hatte er, weil trotz der Nichtigkeit des commiſſoriſchen Vertrags die Verpfändung gültig bleibt. v. Teubern §. 14.

118) Die Verjährung der Rei vindicatio läuft natürlich ſchon früher, vom Augenblick des an den Gläubiger übertragenen Beſitzes an.

119) Man vergl. Mantica L. XI. tit. VIII. n. 16., mit Berufung auf Baldus, Alexander und Decianus; ferner Merlinus de pig. Q. CXXII. n. 34.

Veräußerte der Gläubiger die Sache an Dritte, ſo ſteht dem Schuldner gegen dieſen [120]) nur in ſo fern ein Vindicationsrecht zu, als die Grundſätze über die gewöhnliche distractio pignorum nicht zur Anwendung kommen [121]). Sollte z. B. der Gläubiger die Sache verſchenkt haben, ſo könnte der Schuldner nach bezahlter Schuld, von jedem Beſitzer daſſelbe vindiciren. Ebenſo, wenn die Veräußerung zwar titulo oneroso, jedoch ohne Beobachtung der vorgeſchriebenen Formalitäten geſchehen wäre. Sind dieſe aber befolgt worden, ſo hat der Schuldner nur die actio pignoratitia auf die Herausgabe des Ueberſchuſſes.

Wenn der Gläubiger nach dem Verfalltage die Früchte der Sache, als Eigenthümer zog, ſo muß der Betrag derſelben dem Schuldner zu gut kommen. Sie werden auf die Zinſen abgerechnet und wenn ſie mehr abwerfen, auf das Capitel, ja auf dieſes allein, wenn es unverzinslich war. Eine Folge hievon iſt, daß wenn durch den fortgeſetzten Fruchtgenuß des Gläubigers die ganze Schuld getilgt ſeyn ſollte, der Schuldner die verpfändete Sache — jedoch nur binnen der vom Augenblick der Tilgung der Schuld an laufenden Verjährungsfriſt, mit der actio pignoratitia zurückfordern kann, und zwar von nun an cum fructibus perceptis [122]).

Der Gläubiger erlangt auch durch den commiſſoriſchen Vertrag kein Eigenthumsrecht auf die verpfändete Sache, wenn der Schuldner auf die aus l. ult. C. de pact. pign. ihm zuſtehende Befugniß, dieſelbe nach dem Verfalltage einzulöſen, im Voraus verzichtet hätte, denn, wie wir ſchon in §. 9. gezeigt haben, eine ſolche Verzichtleiſtung iſt eben ſo wirkungslos, wie der Vertrag ſelbſt.

Allein — wenn der Schuldner nach dem Verfalltage, ſtatt die gewöhnliche Distractio durch den Gläubiger vornehmen

120) Verlor der Gläubiger ohne ſeinen Willen den Beſitz der Sache, ſo kann der Schuldner ſie vom Dritten gleichfalls vindiciren.

121) S. Müllers Civil. Abhandlungen. S. 110 folg.

122) Hievon Merlinus a. a. O. n. 34.

zu laſſen, dieſem die Sache unbedingt an Zahlungsſtatt überläßt, ſo kann er kein Einlöſungsrecht mehr ausüben, denn die Nichtigkeit der L. C. bewirkt weder die Nichtigkeit der Verpfändung, noch entzieht ſie dem Schuldner, das jedem Schuldner zuſtehende Recht [123]), die verpfändete Sache unbedingt an den Gläubiger zu verkaufen oder an Zahlungsſtatt zu geben [124]).

Es läßt ſich dagegen nicht vertheidigen, wenn einige Rechtsgelehrte dem Gläubiger das in c. 2. C. de rescindenda venditione dem Käufer im Falle einer Laesio enormis des Verkäufers geſtattete Vorrecht einräumen wollten, d. h. das Recht, den Verkauf des Pfandes aufrecht zu erhalten durch die Herauszahlung deſſen, was das Pfand mehr werth iſt, als der Betrag der Forderung. Dagegen ſpricht 1. die Regel, daß ein ſinguläres Recht auf ähnliche Fälle nicht ausgedehnt werden darf; 2. die Strenge des conſtantiniſchen Verbotes, welches dem Schuldner ein unbedingtes Einlöſungsrecht der verpfändeten Sache ertheilt.

Wäre jene Ausdehnung der c. 2. C. de resc. vend. zuläſſig, ſo würde die commiſſoriſche Clauſel bei Verpfändungen ſo oft für gültig erklärt werden müſſen, als der Schuldner dadurch keinen Schaden leidet; dagegen ſpricht aber offenbar die unbedingte Faſſung des conſtantiniſchen Edictes.

Soviel von der Wirkſamkeit des conſtantiniſchen Verbotes. Unterſuchen wir nun deſſen Umfang. Wäre daſſelbe hundert Jahre früher erlaſſen worden, ſo beſäßen wir gewiß in einem Commentar Ulpians, Paulus oder eines anderen claſſiſchen Juriſten ad edictum Imperatoris — de lege commissoria res-

---

123) f. 34. D. 13. 7. f. 12. pr. D. 20. 5. f. 44. init. D. 46. 3. Basilika Lib. XXV. Tit. I. (de pign. et hypoth. fr. 33. und dazu das Scholion.

124) Darüber ſind alle Ausleger einverſtanden. Vgl. Mäſtertius, q. 15. Menken, th. 34. a. E.

eindenda eine vollſtändige Angabe der Fälle, welche unter demſelben begriffen ſind, und genaue Löſungen der durch die Anwendung des Edictes veranlaßten Streitfragen. Da dieſes aber, wie alle ſpäteren kaiſerlichen Verordnungen von den Alten ſelbſt nicht commentirt worden iſt, ſo ſind wir genöthigt, ſelbſt dieſe Fälle aufzuſuchen, haben aber hiebei alle die Stellen in unſeren Rechtsquellen zu berückſichtigen, welche ſich, wo nicht auf die L. C. ſelbſt, doch auf ihr nahe kommende Verträge beziehen oder überhaupt mit der l. ult. C. 8. 35. in Verbindung gebracht, Schwierigkeiten veranlaſſen.

Um nun die Fälle kennen zu lernen, welche unter das Verbot der L. C. fallen, müſſen wir uns

1) einerſeits an die Unbedingtheit und Strenge des Verbotes, an die Abſicht des Geſetzgebers und an den oben (§. 7) entwickelten Begriff der L. C. halten [126]);
2) andrerſeits an die Rechtsgrundſätze, welche
   a. dem Gläubiger geſtatten, die verpfändete Sache unbedingt vom Schuldner zu kaufen oder an Zahlungsſtatt anzunehmen [127]), und an die, welche
   b. den Kauf cum pacto de retrovendendo für gültig erklären.

Zwiſchen jenem verbotenen und dieſem erlaubten liegen mehrere Verträge in der Mitte, bei welchen es zweifelhaft ſeyn kann, ob ſie zu den erſtern oder in die Klaſſe der letzten gehören. Die zweifelhafte Natur dieſer Verträge hat einen großen Theil der Streitfragen veranlaßt, welche wir in der Bearbeitungsgeſchichte erwähnt und nun genauer zu unter-

---

126) Derſelbe geht dahin, daß eine L. C. nur vorhanden iſt, wenn ausgemacht wird, es ſolle das Pfand dem Gläubiger für den Betrag ſeiner Forderung zufallen.

127) f. 20. §. 3. D. 13. 7. f. 12. pr. D. 20. 5. f. 9. pr. D. 20. 6. c. 10 C. 8. 28. c. 13. C. 8. 14.

ſuchen haben. Sie bilden die eine Reihe von Controverſen, und ſollen in dieſem Paragraphen erörtert werden [128]).

Eine andere Reihe von Streitfragen iſt dadurch veranlaßt worden, daß man in verſchiedenen Stellen unſrer Rechtsquellen Beſchränkungen des conſtantiniſchen Verbotes zu finden glaubte. Dieſe Fälle, in welchen das Vorhandenſeyn einer L. C. außer Zweifel iſt, ſollen in eignen Paragraphen unterſucht werden. Es ſind folgende:

1) Gibt es Schuldforderungen, bei welchen das Verbot der commiſſoriſchen Verpfändung eine Ausnahme erleidet? (S. §. 11.)
2) Iſt der commiſſoriſche Vertrag gültig, wenn er erſt nach der geſchehenen Verpfänbung eingegangen wird? (§. 12.)
3) Iſt derſelbe gültig, wenn er zu Gunſten eines Dritten, z. B. des Bürgen, abgeſchloſſen wird? (§. 13.)
4) Kann das conſtantiniſche Verbot durch eine entgegenſtehende Gewohnheit aufgehoben und alſo in Folge dieſer die L. C. gültig eingegangen werden? (§. 14.)
5) Was wirkt, und zwar nach dem canoniſchen Rechte, die eidliche Beſtätigung der commiſſoriſchen Verpfändung? (§. 15.)

Was nun die erſte Reihe von Streitfragen betrifft, ſo wollen wir alle Fälle, über welche die Bearbeiter der Lehre von der L. C. ſich ausgeſprochen haben, aufführen, um zu beſtimmen, ob in denſelben ein ſolcher Vertrag vorhanden iſt oder nicht? Man kann zwei Hauptarten derſelben unterſcheiden, 1. ſolche, in welchen der Vertrag nicht in die Form eines anderen, in der Regel erlaubten Vertrages eingekleidet iſt, und 2. ſolche, in welchen dies der Fall, alſo eine Simulation vorhanden iſt. Es iſt jedoch nicht nöthig, eine ſolche Klaſſi-

128) Dieſelben ſind angeführt bei Surdus Consil. 248. n. 7. und de Faria. S. 26. n. 85. Auch Merlinus n. 56., Trentacin quius Resol. 11. ſind bei dem letzten genannt. Die ganze Anſicht wird widerlegt von Leotardus q. 70. nro. 55 folg.

ſication der Aufzählung der einzelnen Fälle zu Grunde zu legen [129]).

1. Außer allem Zweifel iſt ein verbotener commiſſoriſcher Vertrag — ein verum pactum legis commissoriae, wie die Ausleger des Mittelalters [130]), eine Lex commissoria formalis, wie Menken [131]) ſagt — vorhanden, wenn ein Fauſtpfand (pignus) unter der Bedingung gegeben iſt, es ſolle im Falle der Nichtzahlung das Eigenthum deſſelben ſogleich auf den Gläubiger für den Betrag ſeiner Forderung übergehen. Hier iſt verbis directis, non obliquis, ein commissum verabredet worden, welches vor dem conſtantiniſchen Verbot das Eigenthum übertragen mußte, weil ja die Sache ſchon im Beſitze des Gläubigers war.

2. Zweifelhaft ſchien aber einigen Auslegern ſchon der Fall, wenn kein pignus gegeben, ſondern blos eine hypotheca unter der angeführten Bedingung beſtellt war, denn da der Schuldner im Beſitze der Sache blieb, ſo ſtellt man den Eigenthumsübergang, alſo das Commissum in Abrede, wegen der Regel: Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis rerum dominia transferuntur. Man trug jedoch kein Bedenken, eine Lex commissoria virtualis anzunehmen, und dieſelbe für verboten zu erklären. Allein es läßt ſich nach der Analogie der L. C. beim Kauf die Wirklichkeit einer L. C. formalis auch bei der Hypothek vertheidigen: denn es iſt bekannt, daß beim Kauf die L. C. als Reſolutivbedingung vorkömmt, und den unmittelbaren Rückfall des Eigenthums an den Verkäufer be-

---

129) Die ganze nachfolgende Unterſuchung iſt caſuiſtiſcher Natur. Wir berückſichtigen indeſſen nur die wichtigſten Fälle, welche auch von den Bearbeitern dieſer Lehre behandelt worden ſind. Eine ganz kurze Caſuiſtik findet ſich bei Menochius de Adispicenda Possessione: Remed. V. n. 40—44.

130) Die Unterſcheidung der L. C. verbis directis und der verbis obliquis inita ſteht noch bei Merlinus, Q. 123., an der Spitze ſeiner Darſtellung dieſer Lehre.

131) S. Menken, thesis 8. 9. a. E. und die dort angeführten Schriftſteller.

wirkt, obgleich der Käufer ſich im wirklichen Beſitze der Sache befindet. Es iſt ja jenem, ſo bald durch die nicht erfolgte Zahlung die Sache res inempta geworden iſt, die Rei vindicatio geſtattet.

Man darf alſo ein Gleiches bei der Hypothek für zuläſſig halten, und ſich dies durch die Annahme eines ſtillſchweigenden Constituti possessorii erklären.

Gleichgültig iſt es übrigens, ob man dieſe Anſicht billigt oder verwirft, denn auch bei der Hypothek muß die commiſſoriſche Clauſel, wenn man ihr auch nicht die gleiche Kraft, wie beim Fauſtpfand beilegen will, durch Conſtantins Edict für verboten erklärt werden. Es iſt hier eine conclusio a majori ad minus zu machen. Vernichtet das Edict den Eigenthumsübergang beim pignus sub lege commissoria datum, um ſo mehr ein pactum, das dieſen beabſichtigte.

3. Ein dritter Fall, welchen wir hier ſchon anführen, iſt der: wenn ausgemacht wird, es ſolle nicht die verpfändete Sache, ſondern eine andere, dem nicht zur gehörigen Zeit befriedigten Gläubiger vorhanden ſeyn! Kein Rechtsgelehrter hat Bedenken getragen, auch dieſe Verabredung für eine verbotene L. C. zu erklären [132]), da die Subſtituirung einer andern Sache die Natur des Geſchäfts nicht ändert. Wollte man dieſen Vertrag für gültig erklären, ſo wäre es ein leichtes Spiel, das conſtantiniſche Verbot zu umgehen.

Ja! wenn die dem Gläubiger zugeſagte Sache auch nicht zugleich verpfändet ſeyn ſollte, müßte man mit Dumolin [133]) und Giphanius dennoch eine verbotene L. C. annehmen.

4. Es iſt nicht minder eine verbotene commiſſoriſche Clauſel, wenn dieſelbe in eine andere, als die gewöhnliche Formel eingekleidet wird. Z. B. es ſolle nach dem Verfalltage der

---

132) S. Mudäus n. 5 und 7. Covarruvias Variae resolut III. 2. §. 7. Mäſtertius, q. 7. Menken, th. 25.

133) Molinäus a. a. O., n. 362. Giphanius, p. 396. Eine ſolche Zuſage hält indeſſen Mantika, lib. XI. tit. X. n. 35. 36., für gültig.

Gläubiger über die Sache nach Willkür verfügen können, (wenn nämlich dem Gläubiger dadurch ein Eigenthumsrecht auf die Sache eingeräumt werden ſoll). Im entgegengeſetzten Falle iſt nur der in c. 1. C. h. t. vorkommende Vertrag vorhanden, wodurch dem Gläubiger ſein Veräußerungsrecht des Pfandes ausdrücklich zugeſtanden wird.

5. Ebenſo iſt eine L. C. anzunehmen, wenn der Schuldner ſich des Einlöſungsrechtes des Pfandes nach dem Verfalltage begibt, oder die Einlöſung von der Willkür des Gläubigers abhängig macht. Schon die älteſten Ausleger des röm. Rechts nahmen hier einen ſolchen Vertrag an [134]). Zweifelhafter iſt der Fall, wenn der Schuldner ſich des Einlöſungsrechtes nur auf eine beſtimmte Zeit begeben hat. Die Gloſſe und die zunächſt auf ſie folgenden Commentatoren erklären einen Vertrag dieſer Art für gültig, wenn der Schuldner nicht auf dreißig Jahre die Nichteinlöſung zugeſagt habe. In dieſem Falle, (weil ſie, irriger Weiſe, die actio pignoratitia für verjährt halten) nehmen ſie eine bleibende Veräußerung der Sache für die Schuld, alſo eine verbotene L. C. an [135]).

---

134) Z. B. ein Pactum: ut debitor non possit solvere sortem nisi ad bene placitum debitoris. Vergl. die Gloſſe, Bartolus, Alexander Tartagnus, Negusantius n. 5., Mantica tit. 9. n. 6., tit. 10. n. 15. 16., Merlinus n. 27. 28., Gothofredus a Jena §. XXXVIII. Neg. und Merlinus ſagen jedoch, es ſey das pactum de non luendo pignore gültig, si adjectum sit ad tollendum damnum creditoris et fraudem debitoris. Colerus Cons. XXX. n. 119 ſagt: tale pactum de nunquam luendo pignore legibus est execrabile, quia dicitur pactum legis commissoriae, et haec est communis opinio doctorum, Negusantio profitente.

135) Die Gloſſe, ad c. 3. l. 8. 35., ſagt: Sed, quid si pasciscar, ut non liceat solvere hinc ad mensem? Adhuc dixit P. idem (nämlich non valere pactum) et eadem ratione de anno et sic in infinitum: quod Joanni non placet, sed dicit valere, si modo sit tempus minus XXX. annorum. Aliter videretur perpetua alienatio. — Peter von Belleperche äußert ſich hierüber mit folgenden Worten: Sed quaeritur: conventum esti

Auch noch im ſiebenzehnten Jahrhundert finden ſich Vertheidiger der Meinung, wenn der Schuldner verſpreche, binnen dreißig Jahren die Sache nicht einzulöſen, ſey eine verbotene L. C. vorhanden. Z. B. Merlinus nro. 33., Gothofredus a Jena §. XXXIX.

Allein es möchte jetzt wohl niemand denſelben beiſtimmen, denn warum ſollte die Contrahirung einer Schuld unter der Bedingung, daß die Rückzahlung erſt nach 30 Jahren ſtattfinden ſollte, ungültig ſeyn? Ein dies solutionis kann ja zu Gunſten des Gläubigers feſtgeſetzt werden. Ein ſolcher Vertrag enthält keine Veräußerung des Pfandes an ihn, denn das Einlöſungsrecht iſt ja dem Schuldner ausdrücklich vorbehalten, es iſt kein Commissum verabredet.

6. Umgekehrt iſt eine L. C. abgeſchloſſen, wenn das Einlöſungsrecht nur auf eine beſtimmte Zeit beſchränkt iſt[136]). Ein ſolches Geſchäft könnte indeſſen ein Verkauf cum pacto de retrovendendo ſeyn, weßhalb es nöthig iſt, den Unterſchied zwiſchen dem commiſſoriſchen Pfandvertrage und einem Kaufe dieſer Art aufzuſuchen. Der formelle Unterſchied beider Verträge iſt leicht anzugeben. Hier kömmt kein Verpfänder, kein Pfand, kein Geld leihender Gläubiger vor, ſondern ein Verkäufer, ein Käufer, eine Sache, ein Kaufpreis. Allein, obgleich dem ſo iſt, ſtehen doch die beiden Verträge ſich nahe, denn in beiden wird feſtgeſetzt, daß eine Sache nur binnen

quod debitor recuperaret pignus infra annum et si non redimeret usque ad annum, non possit redimere usque ad XXX annos: numquid valet pactum? Dicunt doctores, aut est pactum de non redimendo infra XXX annos, vel ultra et tunc non valet pactum, nam XXX anni habentur pro perpetuitate. Sin autem pactum minus est XXX annis, valet pactum. l. 14. §. 2 D. 10. 3 Ein Blick auf dieſe Stelle zeigt, daß die ratio decidendi zu weit hergeholt iſt. — Einige Ausleger berufen ſich auf die Nov. 120. c. 3., worin den Kirchen verboten wird, Pachtverträge auf länger als 30 Jahre abzuſchließen.

136) Mantica n. 16., Merlinus n. 36., Gothofredus a Jena §. XXVIII.

einer beſtimmten Zeit eingelöſt werden könne, nach Ablauf derſelben aber dem, der eine feſtgeſetzte Summe Geldes dafür gegeben hat, eigenthümlich verbleiben ſolle. Die Verwandtſchaft beider Geſchäfte iſt ſo groß, daß, wie wir ſchon oben §. 5. bemerkt haben und unten weiter ausführen werden, die gewöhnliche altgermaniſche Verpfändungsweiſe nichts anders war, als ein Verkauf mit dem Vorbehalt des Wiederkaufes. Es läßt ſich daher die commiſſoriſche Verpfändung ſehr leicht in die Form des letzten einkleiden, ſo daß ſtatt eines verbotenen ein der Form nach vollkommen gültiger Vertrag vorhanden iſt. Da nun aber dadurch das Verbot der L. C. umgangen wird, ſo haben vom vierzehnten Jahrhundert an die Rechtsgelehrten den Grundſatz befolgt: plus valere quod agitur, quam quod simulatur. Cod. IV. 22., und den in fraudem legis eingegangenen Kauf cum pacto de retrovendendo für ungültig erklärt.

Dabei war es nur ſchwierig, eine Grenzlinie des erlaubten und unerlaubten Vertrages zu ziehen und eine Regel für die Präſumtion in zweifelhaften Fällen zu finden. Man kam aber bald darin überein: es ſey ſo oft eine ſimulirte commiſſoriſche Verpfändung anzunehmen, als der Kaufpreis viel geringer wäre, als der wahre Werth der verkauften Sache. Schon die Gloſſe des canoniſchen Rechts gibt zur Erkennung der usura beim Verkauf cum pacto de retrovendendo folgende Cautelen an. Man müſſe unterſuchen:

1. an mutuum adsit, propter quod venditio facta sit?
2. an captus sit venditor, seu num pretium sit exiguum?
3. num emtor sive creditor solitus sit foenerari?

Daß die meiſten Conſiliatores und namentl. Bertrand[137]) ein Wuchergeſchäft annehmen, ubi modicum intervenit pretium,

137) Consilia VI. P. I. c. 88. V. II. P. I. c. 32. und c. 236. n. 16. V. III. P. I. c. 170. n. 2. Vgl. ſpäter noch Weſenbeeks Consilia t. VII. c. 309 u. 381. Ferner Fabianus de Monte, Tractatus de emtione et venditione VII. Quaest principalis, nro. 8—13. in einer Cölner Ausgabe v. 1573. 8. S 104 folgg.

iſt ſchon oben §. 3. Not. 19. bemerkt worden. Einige läugnen jedoch in dieſem Falle die Präſumtion für das Daſeyn der usuraria pravitas, verlangen alſo den Beweis derſelben, weil ein ſimulirtes Geſchäft in der Regel nicht anzunehmen ſey.

Im ſiebenzehnten und achtzehnten Jahrhundert haben die deutſchen Rechtsgelehrten ſich ſehr lebhaft mit dieſen Fragen beſchäftigt. Carpzov, in ſeiner Jurisprudentia forensis P. II. const. XXX. def. 53. ſpricht ſich, der Gloſſe des canoniſchen Rechts folgend, ſo hierüber aus:

Attamen ut haec praesumtio casum habeat, communiter Doctores tria conjunctim requirere solent, nempe

1. ut incipiat a mutuo venditio eaque alias facta non fuerit;
2. ut venditor pignoris per hanc emtionem enormiter laesus ac deceptus sit;
3. ut creditor alias fuerit solitus contractus usurarios exercere etc.

Er citirt Hartmann Pistoris observ. 219. n. 58., fügt dann ſehr weiſe hinzu:

Sane hac in re multum judicis arbitrio relinquendum existimo, qui ex clausulis inconsuetis pravitatem usurariam deprehendens contractum bene rescindere velit.

Nach Strauch, Schilter, Gundling und Berlich ſchrieb Thomaſius hierüber ſeine ſchon mehrmals von uns angeführte Dissertatio de usu practico adcuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoratitium. C. III. Dissert. N. 77. p. 141.

Thomaſius führt die Arbeiten ſeiner eben genannten Vorgänger auf [138]), die er jedoch nich befriedigend findet, obgleich Berlich [139]) gegen 50 Kennzeichen und Unterſchiede

---

138) Cap. I. §. 3. 4. Strauch ſchrieb 1671, Gundling 1705. Schilter in ſeiner Praxis for. Germanici.

139) Wir müſſen Thomaſius, namentlich was Berlich betrifft, beiſtimmen. S. deſſen Conclus. Pract. P. II. Conclusio I.

zwiſchen den beiden Verträgen angegeben habe. Seine Anſicht geht dahin [140]), es komme gar nicht darauf an, ob der Form nach ein commiſſoriſcher Pfandvertrag oder ein Kauf mit dem Vorbehalt des Wiederverkaufes abgeſchloſſen ſey? ſondern man habe blos zu unterſuchen, ob eine wucheriſche Abſicht bei dem Geſchäfte vorhanden ſey, d. h. ob der, welcher das Geld hergibt, die Abſicht habe, mehr als die Rückerſtattung deſſelben und die geſetzlich erlaubten Zinſen zu erhalten; entweder durch einen mehr ertragenden Fruchtgenuß der Sache [141]), oder durch den Eigenthumserwerb der letzten nach dem Ablauf des feſtgeſetzten Einlöſungstermines. Die Präſumtion ſey übrigens in der Regel für die Annahme eines erlaubten, folglich eines gültigen Geſchäftes, d. h. eines gültigen Verkaufes oder einer gültigen Verpfändung, es müſſen alſo überwiegende Gründe da ſeyn, um den Vertrag, wie er immer genannt werde, für ungültig zu erklären.

Die Frage iſt alſo hier ſtets eine quaestio facti, bei deren Entſcheidung ſehr viel vom Ermeſſen des Richters abhängt. Dies iſt auch die Anſicht der neueren Civiliſten, welchen wir beizuſtimmen kein Bedenken tragen. Zur Entdeckung der Simulation ſind die von der Gloſſe, den Conſiliatores und von Carpzov empfohlenen Cautelen anzuwenden.

Daß man noch im achtzehnten Jahrhundert einen in fraudem legis eingegangenen commiſſoriſchen Pfandvertrag annahm, wenn der Preis des Wiederkaufs größer war, als der urſprüngliche Kaufpreis, beweiſt uns Leyſer, Spec. 158. Meditatio VI., wo er ein Urtheil der Helmſtädter Juriſtenfacultät vom J. 1721 dafür anführt, in welchem man ſich auf die R.P.O. von 1548 tit. 17. §. 1 und 7 beruft [142]).

140) Dissertat. laud. c. IV. §. X.

141) Dann iſt ein in fraudem legis eingegangener antichretiſcher Vertrag vorhanden. S. Meiſter, praktiſche Bemerkungen I. B. n. XXV. S. 208. und Günther, rechtliche Bemerkungen S. 35.

142) Auch in dem bei v. Selchow, Rechtsfälle B. II. Lemgo 1783. S. 216., zu Dillenburg entſchiedenen Falle, war eine L. C. unter der Form des Kaufs sub. p. de retrov. abgeſchloſſen geweſen.

7. Daß wir mit allen Rechtsgelehrten vor Weber wegen l. 16. §. 9. D. 20. 1., keinen commiſſoriſchen Pfandvertrag annehmen, wenn ausgemacht wird, es ſolle dem zur gehörigen Zeit nicht befriedigten Gläubiger die Sache für einen dann zu beſtimmenden Preis verkauft oder überlaſſen ſeyn, haben wir ſchon oben im §. 7. ausgeführt [143]). Es iſt hier nichts zu finden, was auch in fraudem legis ſeyn könnte. Eben ſo wenig kann es zweifelhaft ſeyn, daß die Verabredung gültig ſey: es ſolle der Preis durch einen gemeinſchaftlich zu wählenden Schiedsrichter beſtimmt werden oder durch das Gericht [144]); denn auch hier wird ja die Sache pro justo pretio tunc aestimando dem Gläubiger verſprochen [145]).

Ja ſelbſt wenn dieſer Schiedsrichter ſchon im Voraus deſignirt würde, müßte der Vertrag für gültig erklärt werden, jedoch unter dem Vorbehalt des zu führenden Beweiſes, es ſey der dritte zu Gunſten des Gläubigers und in der Abſicht, das Verbot zu umgehen, im Voraus beſtimmt worden. Wir haben in §. 3. ſchon angeführt: Bartolus erzähle, daß man den Wucherern von Bologna dieſe Vertragsweiſe angerathen habe; er erklärt ſie für gültig und die Commentatoren bis Dumolin ſtimmen hier bei. Dieſer ſteht aber (in n. 361) darum nur ein ſimulirtes Geſchäft und erklärt es daher für verboten.

8. Zweifelhaft erſcheinen dagegen die Verabredungen [146]):

---

143) Einen Fall dieſer Art theilt Carpzov im Lib. V ſeiner Respons. n 12. mit.

144) Mantica, tit. 10. n. 20—21., will, daß immer, wenn das Pfand pro justo pretio tunc aestimandum zugeſagt wird, das Gericht den Preis beſtimme.

145) Daß wir dies auch annehmen, wenn ausgemacht iſt, es ſolle die Sache für den durch den Handelskurs beſtimmten Preis verkauft ſeyn, haben wir in §. 7. ſchon geſagt, denn auch hier iſt ſie für ein justum pretium aestimandum zugeſagt.

146) Menken, th. 28., faßt in folgender Stelle die in andere Worte eingehüllte pacta commissoria zuſammen: Quoniam igitur non verbis sed rebus leges ponere student legislatores has etiam formulas: ut non soluto certa die debito lucro nunquam lucret, vel pignus in solutum pro quantitate debita detur,

a) Es ſolle im Nichtzahlungsfalle die verpfändete Sache dem Gläubiger verkauft ſeyn? oder

b) es ſolle die Sache für einen ſchon jetzt beſtimmten Preis ihm dann zufallen.

c) Es ſolle dem nicht befriedigten Gläubiger die Sache an Zahlungsſtatt gegeben werden?

a. Die Gültigkeit der erſten könnte deshalb beſtritten werden, weil α) kein pretium certum ausgedrückt iſt, und β) die Abſicht ſupponirt werden könnte, es ſolle die Sache für den Betrag der Schuld dem Gläubiger verbleiben. Allein nicht mit Unrecht haben ſchon die älteſten Praktiker dieſen Vertrag für gültig erklärt [147]), indem ſie ihn im Sinne des fr. 16. §. 9. D. 20. 1. auslegten, d. h. annahmen, es werde in ſolch einem Falle die verpfändete Sache für einen künftig zu beſtimmenden billigen Preis verkauft. Dieſer Anſicht wird man ſchon deshalb beizuſtimmen kein Bedenken tragen, weil Rechtsgeſchäfte im Zweifel ſo auszulegen ſind, daß ſie ſo viel wie möglich aufrecht erhalten werden. Eine captio enthält die Verabredung nicht, wenn ſie in dieſem Sinne genommen wird [148]).

b. Der Form nach iſt auch keine L. C. vorhanden, wenn

---

vel pignus certo pretio credito majore dummodo etiam hoc iniquum sit, retineatur vel residuum pectii pignoris apud creditorum remenneat, improbamus.

147) Bartolus zu f. 16. §. 9. D. 20. 1. Bertrandus Cons. V. I. P. II. c. 356. n. 2. Vol. II. P. I. c. 50. n. 9. c. 98. n. 9. Das Gegentheil ſagt er übrigens in V. III. P. I. c. 215. n. 3. Negusantius n. 6. Tiraquellus n. 137. Guido Papae c. 79. 81. Covarruvias Var. resol. III. 2. §. 7. in f. de Faria n. 74. Mozius n. 14. Mantica XI. 10. n. 51—66. Merlinus n. 33. Gothofredus a Jena §. XXXIII. Menken Th. 27. Lugo Disp. XXV. n. 178. Giphanius p. 401—402 bezweifelt die Gültigkeit eines ſolchen Vertrages als Kauf, hält ihn aber als pactum adjectum wegen fr. 16. §. 9. D. 20 1. für wirkſam.

148) Godofredus a Jena §. XXXV. a. E. erklärt ſich auch gegen die Gültigkeit eines ſolchen Vertrages. Merlinus n. 75. 76. und Menken blos, wenn der Preis, obgleich höher als der Betrag der Schuld, dennoch unbillig ſey.

ausgemacht wird, es ſolle die Sache dem Gläubiger für einen ſchon jetzt beſtimmten Preis verkauft ſeyn. Daß aber der Vertrag für ungültig erklärt werden müſſe, wenn er in fraudem legis ſey, haben wir ſchon in §. 9. bemerkt.

Huberus (ad Pandectas) hat denſelben unbedingt für ungültig erklärt; Thomaſius unbedingt für gültig; Leyſer im Corrolar I. zu Spec. 158. hält ihn für gültig, wenn die Sache zur Zeit des Vertrages nicht mehr werth war, als der feſtgeſetzte Preis; im entgegengeſetzten Falle aber für nichtig [149]).

c. Daß das Verſprechen einer in solutum datio pignoris auf den Fall der Nichtbefriedigung des Gläubigers noch keine formelle L. C. ſey, weil ſie keinen unmittelbaren Eigenthumsübergang bemerke, haben ſchon die Commentatoren des Mittelalters [150]) und die Conſiliatores mit Recht bemerkt, ſich aber einmüthig dahin erklärt, es ſey dieſes pactum simile legis com-

---

149) N. Ch. Lynker gibt in ſeinen Consultat. juris selectae Vol. II. Ed. II. Jena 1736. p. 664., Respons. 133. die Entſcheidung eines Falles: es ſoll dem Gläubiger die Sache für den Preis überlaſſen ſeyn, den ſie den Verpfänder ſelbſt gekoſtet habe. — Dies kann jedoch captiös ſeyn. Der in Kleins Annalen B. 18. p. 266 behandelte Fall gehört ebenfalls hierher. Auch v. Teubern §. 16. erklärt den Vertrag in der Regel für gültig.

150) S. die Glosse ad c. 1. C. 8. 35. Bartolus ebend. Negusantius n. 1. Azo, Summa Cod. VIII 35. hält übrigens das pactum wegen f. 51. p. D. 46. 3. für eine verbotene L. C. Mudaeus n. 29. erklärt das pactum, ut invito creditori pignus dari in solutum posset für gültig. Molinaeus n. 369. hält ein Verſprechen dieſer Art nur für gültig, wenn es den Schuldner begünſtige, alſo wenn der Werth der Sache geringer ſey, als der Betrag der Schuld. Sehr ausführlich wird der Fall behandelt bei Merlinus n. 37 — 53, und zwar als die Frage: an valeat lex commissoria in datione in solutum. Er ſpricht ſich für die Ungültigkeit einer ſolchen Verabredung aus, wenn nicht ausgemacht werde, es ſolle die in solutum datio pro justo pretio geſchehen oder für einen durch Schiedsrichter zu beſtimmenden Preis. Er führt eine Menge Autoritäten für ſich an. Auch der von ihm citirte Mantica XI. 10. fr. 7. 13. hielt eine bedingte in sol. datio überhaupt für ungültig, und nur erlaubt, wenn eine nicht verpfändete Sache zugeſagt werde.

missoriae dennoch ungültig, wenn dadurch in fraudem legis der Erwerb des Pfandes für den Betrag der Schuld von Seiten des Gläubigers beabſichtigt werde. Nur in dem Falle halten ſie eine ſolche in solutum promissio für gültig, wenn darin ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgemacht werde: der Gläubiger ſolle die Sache für ihren Werth erhalten und den Ueberſchuß herausgeben. Alsdann ſey nämlich kein anderer, als der in fr. 16. §. 9. D. 20. 1. für gültig erklärte Vertrag vorhanden [151]).

Gegen dieſe Unterſcheidung zweier ſehr weſentlich von einander verſchiedenen Fälle, läßt ſich nichts einwenden. Allein welcher von beiden iſt im Zweifel anzunehmen? Leyſer erklärt eine Verabredung dieſer Art unbedingt für verboten und führt für ſeine Meinung eine Entſcheidung des Spruchcollegiums zu Helmſtädt vom J. 1714 an. Spec. 158. Med. IV.

Wir ſind geneigt, wenn die Abſicht des Gläubigers das Pfand für den Betrag der Schuld zu erhalten, nicht erwieſen iſt, den Vertrag für gültig, d. h. dahin für wirkſam zu erklären, daß ſie dem Gläubiger für einen zu beſtimmenden billigen Preis zu überlaſſen iſt. Hiezu ermächtigt uns eine Entſcheidung Ulpians in fr. 24. pr. D. 13. 7., wo es heißt:

Eleganter apud me quaesitum est, si impetraret creditor a Caesare, ut pignus possideret idque eviotum esset, an habeat contrariam pignoratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis exceptio

151) Gothofredus a Jena §. 85. erklärt ſich auf folgende Weiſe über dieſe Frage: Consentimus (ut valeat), si pacti formula fuerit concepta: nisi solvero pecuniam mutuo acceptum, dubo in solutum fundum justo pretio aestimandum Nam si fuerit dictum pro debito, vel pro centum, rotunde dissentiremus. Cravetta III. c. 827. n. 4. Hondedeus. V. I. P. III. Caus. 31. n. 32. Menken th. 28. inf. mißbilligt blos die in solutum datio pro debito. Struv billigt die pro justo pretio §. VIII. Gonzalez Tellez n. 11. p. 352. läugnet auch die in solutum promissio pro debito und führt Leotardus für ſich an. Quaest. 70. N. 17. Es müſſe, damit ſie gelte, beigefügt ſeyn pro justo pretio.

accomadanda est quemadmadum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit, et compensationem habere potest creditor: si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agatur.

Nach dieſer Stelle ſcheint das einfache Verſprechen einer Hingabe an Zahlungsſtatt in der Regel ſo verſtanden werden zu müſſen, es ſolle der Gläubiger ſich aus der Sache bezahlt machen, den Ueberſchuß aber herausgeben, d. h. er dürfe in der Regel die Sache nur behalten pro justo pretio [152]). Dann iſt aber kein commissum und keine captio vorhanden.

8. Es ſind nun noch zwei von den bisher aufgeführten verſchiedene Pacta zu prüfen. Es fragt ſich a) ob eine verſteckte L. C. vorhanden ſey, wenn ausgemacht würde: es ſolle der Verluſt des Pfandes durch den Gläubiger den Schuldner befreien (ut amissio pignoris liberet debitorem?)

Eine ſolche Verabredung erſcheint auf den erſten Blick als eine dem Schuldner günſtige, und wird auch ausdrücklich in c. 24. C. 4. 24. gebilligt [153]). Denn es heißt, der zufällige Untergang des Pfandes befreie den Schuldner nicht von der Zahlung der Schuld: nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

Sollte jedoch unter dieſer Formel die Abſicht verſteckt werden, es ſolle der Gläubiger über das Pfand nach Willkühr verfügen können, ſo muß dem Schuldner eine Entſchädigungsklage zuſtehen, wenn der Gläubiger durch irgend eine Handlung den Untergang der verpfändeten Sache verurſacht hätte.

---

152) Es gäbe demnach eine doppelte in solutum datio pignoris, eine pro debito, dann erhielt früher der Gläubiger das Eigenthum des Pfandes für den Betrag der Schuld, und eine bloße in solutum datio, dann zahlt er den Ueberſchuß des Werthes an den Schuldner heraus. Das einfache Verſprechen einer Hingabe an Zahlungsſtatt enthält blos die Zuſage der letzteren und iſt deshalb dem conſtantiniſchen Verbot der L. C. nicht entgegen.

153) Sie wird ſchon angeführt von Azo, Summa Codicis zu VIII. 35.; ferner von Best, ratio emendandi leges, Cap. 22. n. 14.

Es iſt aber hier die Lage des Schuldners ſtets vortheilhaft, denn dem Gläubiger liegt die Verpflichtung ob, den casus zu beweiſen, wenn er ſich auf denſelben beruft.

b) Iſt die von Cujacius, Bronchorst (Misc. Cent. I. Assert. 77. a. E.), Giphanius p. 402 und Harpprecht n. 220. für gültig erklärte Verabredung zu unterſuchen, es ſolle der Gläubiger, was er aus dem Verkaufe des Pfandes über den Betrag der Schuld erlöſe, ganz für ſich behalten — alſo das Pactum: ut quidquid creditor ex pignore vendendo redigeret, omne sibi habeat. Die Gültigkeit deſſelben ſoll durch c. 20. C. de distract. pignorum (8. 28.) bewieſen werden. Zur Rechtfertigung ihrer Entſcheidung berufen ſich die genannten Rechtsgelehrten auf die Analogie des antichretiſchen Vertrages und fr. 15. §. 3. D. 41. 1., alſo auf den incertum venditionis eventum.

Allein dieſe Anſicht ſtellt ſich ſchon an und für ſich betrachtet als verwerflich heraus. Es iſt nicht möglich, daß im Corpus juris neben der l. ult. C. de pactis pignorum ein Geſetz vorkomme, welches die angeführte Verabredung genehmigt; denn es würde nothwendig die Aufhebung des conſtantiniſchen Verbotes enthalten. Die angeführte c. 20. enthält nicht, was Cujas und Giphanius daraus herleiten, wie ſchon längſt Leotardus, Gibbalinus, de Usuris p. 457, Gonzalez Tellez n. 14, Cocceji, Jus Contros. edid. Emminghaus I. p. 256 und Weſtphal S. 371. §. 256. u. S. 379. in der Note, gezeigt haben.

Sie iſt ein Reſcript Diocletians und Maximinians folgenden Inhalts:

Secundum placiti fidem, si nihil specialiter convenit, pignoribus a creditore, minore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est, pignoratitia de superfluo competit actio.

Cujas und Giphanius legen die Worte: si nihil specialiter convenerit dahin aus: si non convenerit, ut si plus redegerit creditor, quam sit debitum, id totum lucretur.

Die Unrichtigkeit dieſer Auslegung ſpringt aber in die Augen. Denn was wird dem Schuldner, si nihil specialiter convenerit, verweigert? Offenbar die dingliche Klage auf das mit dem Ueberſchuß des Erlöſes vom Gläubiger verkaufte Grundſtück. Dieſe Klage würde derſelbe haben, si (ita) specialiter convenerit. Dieſe Entſcheidung [154]), welche ſich von ſelbſt rechtfertigt, iſt von der, welche die genannten Rechtsgelehrten annehmen, himmelweit verſchieden. Der von ihnen als ratio legis oder ratio decedendi angeführte weitere Grund, das von ihnen in Schutz genommene Pactum ſey gültig propter incertum fructuum eventum, fällt von ſelbſt weg, weil das kaiſerliche Reſcript auf einen Fall dieſer Art ſich durchaus nicht bezieht und deshalb auch die aus fr. 15. §. 3. D. 42. 1. entlehnte Analogie des incertum venditionis eventum.

Aus dem hier im Falle der Noth, wo der Gläubiger keinen Käufer finden kann, ihm geſtatteten privilegium addictionis pignoris, alſo aus einem jus singulare — iſt es nicht erlaubt, einen allgemeinen Grundſatz abzuleiten, welcher das offenbar eine commiſſoriſche Verabredung enthaltende Pactum für gültig erklärte [155]). Da in c. 20. die Kaiſer keine Verordnung erlaſſen haben, welche die erwähnte Verabredung für gültig erklärt, ja da von einer ſolchen in der Stelle durchaus nicht geſprochen wird, ſo kann von der Rechtfertigung einer ſolchen Verordnung aus Gründen, worauf ſich die Addictio pignorum ſtützt, nicht die Rede ſeyn.

Bei einigen Schriftſtellern über die L. C. finden ſich noch verſchiedene andere hier aufzuführende Fragen abgehandelt, z. B. bei Menken folgende:

---

154) Auch Accurſius verſteht die Stelle in dem hier angegebenen richtigen Sinne.

155) Wir gehen daher auch nicht in eine Erörterung des fr. 15. § 3. D. 42. 1. ein, worüber bekanntlich neueſtens ſo viel geſchrieben wurde. Siehe W. Müller, Abhandlungen Nro. 3. Fritz Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim B. I. S. 455 folg. Sintenis, Handbuch des Pfandrechts §. 56.

1. An L. C. cum futuro creditore valeat? Pacianus Cons. 160. n. 44. hatte die Gültigkeit derſelben vertheidigt. Menken bekämpft ihn im th. 17. Jener hatte ſich auf fr. pr. D. 18. 1. geſtützt, wogegen Menken mit Recht ſich erklärt.

2. Num probari possit, L. C. inter patrem et filium inita? Th. 18. Menken entwickelt die verneinende Antwort.

3. Frägt er im th. 19: an ferri possit L. C., quando debitoris laesionem non contineat? Auch hier iſt der Vertrag wegen der Allgemeinheit des conſtantiniſchen Verbots nicht wirkſam. Es wird ſich jedoch der Schuldner in der Regel nicht über den Gläubiger beklagen und dieſer kann deshalb durch eine am Verfalltage gemachte unbedingte Beſtätigung des Vertrages durch den Schuldner für immer ſicher ſtellen.

4. Damit hängt die bei Reguſantius 5., Mantica n. 34. und Merlinus 28. behandelte Frage zuſammen, ob zu Gunſten des Schuldners die L. C. gültig eingegangen werden könne? — Auch wird er ſich nicht beklagen; der Gläubiger kann dieß auch nicht, da das Verbot in odium creditorum erlaſſen iſt.

5. Frägt Menken, th. 21, an t. ult. (B. 8. 35.) disposito etiam ad pecuniam gratis mutuo datam pertineat? Auch dieß bejaht Menken unbedingt, obgleich eine Art antichretiſcher Vertrag vorhanden ſey. Das kaiſerliche Verbot duldet die L. C. durchaus nicht. Es könnte ſonſt leicht umgangen werden.

Endlich die Frage: An valeat L. C., si ad preces vel instantiam creditoris inita sit, welche Mantica XI. 9. n. 7. 8. und Merlinus n. 29. verneinend beantworten, weil ein Wuchergeſchäft auch auf Bitten des Schuldners nichtig ſey.

Der Schluß folgt im nächſten Bande.